Das gemeinschaftliche Testament und der gemeinschaftliche Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht

und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Otto Sengteller

Referendar bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts Breslau

Breslau

Druck von A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei

1905

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Beyerle

Correferent: Professor Dr. Jörs

Jörs, Prodekan

A. Vorbemerkung.

Öfters begegnen uns im Rechtsleben Rechtsgeschäfte, welche sich bei oberflächlicher Betrachtung so täuschend ähnlich sehen, daß man glauben könnte, man hätte zwei Rechtsgeschäfte vor sich, die einander völlig gleichen, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist. Denn bei genauerer Untersuchung ergibt sich dann, daß die beiden fraglichen Rechtsgeschäfte zwar denselben Zweck verfolgen können, doch in so vielen Punkten von einander abweichen, daß sie sogar ihrem Wesen nach verschieden sind. So liegt es auch bei dem gemeinschaftlichen Testament und dem gemeinschaftlichen Erbvertrage mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt, zwei Rechtsgeschäften auf erbrechtlichem Gebiete, die auch von manchen Juristen als ein und dasselbe Geschäft behandelt worden sind. Bemerkt wird sogleich, daß von den möglichen Fällen des Erbvertrages hier nur der in Betracht kommt, bei dem beide Kontrahenten als Erblasser unter Vorbehalt des Rücktritts vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben, denn nur dieser ist ein gemeinschaftlicher.

Um eine vergleichende Darstellung der beiden hier in Frage stehenden Rechtsgeschäfte sowohl nach gemeinem Recht wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vornehmen zu können, muß man zunächst auch ihre geschichtliche Entwickelung berücksichtigen, zumal da über das gemeinschaftliche Testament und den Erbvertrag im gemeinen Recht so viele verschiedene Ansichten verbreitet gewesen sind, die ihren Grund darin haben daß den Vertretern dieser Meinungen die germanische Vertragsgrundlage der beiden Institute unbekannt gewesen ist, und da

ferner das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich der beiden Geschäfte im wesentlichen auf gemeinem Rechte fußt. Nach gemeinem Recht fällt zwar unter den Begriff „Erbvertrag“ auch der Erbverzicht, doch wird dieser in der folgenden Ausführung außer Betracht bleiben.

B. Begriff und geschichtliche Entwickelung.

I. Des gemeinschaftlichen Testaments.

1. Allgemeines.

Ein gemeinschaftliches Testament ist dann vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ihr Testament in einem einzigen, gemeinschaftlichen Akt errichten. Die Bezeichnung „gemeinschaftliches Testament“ ist daher wie Windscheid[1]) richtig bemerkt, nicht ganz genau, da das, was man gemeinschaftliches Testament nennt, nicht ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten mehrerer Personen, gewöhnlich zweier, in demselben Testamentsakt ist.

2. Römisches Recht.

Es fragt sich zunächst, ob gemeinschaftliche Testamente bereits im römischen Recht allgemein vorhanden waren. Diese Frage ist zu verneinen, obwohl zugegeben wird, daß sich Spuren oder vielmehr einzelne Fälle desselben auch schon im römischen Recht finden. Es ist aber von manchen[2]) behauptet worden, daß solche Testamente auch im römischen Recht allgemein sowohl von Ehegatten als auch von anderen sich nahestehenden Personen errichtet werden konnten. Die Verteidiger dieser Ansicht haben verschiedene Momente für ihre Meinung angeführt. So hat man zunächst geglaubt[3]), daß bei der

[1]) Pandekten III § 568; cf. auch Heinzerling, „Zur Lehre von den „korrespektiven Testamenten“ im Archiv für praktische Rechtswissenschaft X. Bd. n. F. 1. Heft S. 257.

[2]) cf. Glück: Kommentar zu den Pandekten Bd. 35 S. 50 ff.

[3]) cf. darüber Göz im Archiv für civilistische Praxis Bd. 54 S. 144 f.

Pupillarsubstitution[1]) ein gemeinschaftliches Testament vorliege. Dabei hat man aber nicht beachtet, daß dort nur ein Testator fungirt, also nur ein letzter Wille vorhanden ist. Man hat sich ferner auf eine Konstitution Valentinians III[2]), aus dem Jahre 446 berufen, in der von einem gemeinschaftlichen Testament zweier Eheleute die Rede ist. Diese Konstitution zeigt allerdings, daß gemeinschaftliche Testamente im römischen Recht vorgekommen sind. Da sie aber nur ganz vorübergehende Geltung gehabt hat, sie ist nämlich in das corpus iuris nicht aufgenommen worden, so kann sie keinen vollgültigen Beweis dafür erbringen, daß das gemeinschaftliche Testament im römischen Recht allgemein und dauernd im Gebrauch und anerkannt, also ein Institut dieses Rechts gewesen ist. Es befindet sich im corpus iuris vielmehr nur eine einzige Stelle, die ein gemeinschaftliches Testament erwähnt, nämlich C. de partis 2, 3c 19. Hier wird Soldaten die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente gestattet[3]). Es darf aber dabei nicht unbeachtet gelassen werden, daß ein derartiges Testament ausdrücklich nur für Soldaten anerkannt ist, für welche überhaupt, zumal was die Testamente anbelangt, eine Reihe von Privilegien bestanden haben, wie z. B. Formlosigkeit bei der Errichtung. Daraus nun, daß hier für eine besondere Kategorie von Personen, die noch dazu auch sonst privilegiert sind, die gemeinschaftlichen Testamente zugelassen werden, darf man nicht schließen, daß die gemeinschaftlichen Testamente im römischen Rechte allgemein im Gebrauch waren. Es soll und kann aber nicht geleugnet werden, daß auch im römischen Recht allgemein Testamente vorgekommen sind, in denen die Erblasser sich gegenseitig bedenken, z. B. ist ein solcher Fall erwähnt bei Papinian libro sexto responsorum.[4]) Doch handelt es sich in diesen Fällen immer um zwei von einander getrennt errichtete Testamente.

---

[1]) D XXVIII 6 l. 2 § 4.

[2]) cf. darüber Fischer im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 6 S. 59.

[3]) cf. Keller: Pand. II. § 505. — Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten S. 96 f.

[4]) D XXVIII 5 l. 70 (71).

Da nun, wie noch ausgeführt werden wird, die Hauptanwendung des gemeinschaftlichen Testaments die bei Eheleuten ist, so muß man sagen, daß bei dem scharf ausgeprägten Dotalrecht der Römer und ihrer Familienverfassung kein Raum vorhanden gewesen ist für derartige Testamente[1]). Dazu kommt noch, daß bei den wichtigsten gemeinschaftlichen Testamenten, den korrespektiven, wie noch ausgeführt werden wird, eine Abhängigkeit der einzelnen Verfügungen von einander und damit eine gewisse Bindung des letzten Willens besteht, daß aber die Römer eine große Abneigung hatten, ihren letzten Willen zu binden. Es erscheint demnach der Schluß gerechtfertigt, daß das gemeinschaftliche Testament kein Institut des römischen Rechts gewesen ist[2]).

3. Deutsches Recht.

Ebensowenig wie im römischen Recht waren auch im deutschen Recht vor der Rezeption gemeinschaftliche Testamente im Sinne des gemeinen Rechts allgemein im Gebrauch. Dem deutschen Recht waren nach Tacitus Germania 20[3]) Testamente überhaupt unbekannt. Im Gegensatz zum römischen Recht, nach welchem der paterfamilas kraft seiner patria potestas nicht nur das Recht hatte, zu seinen Lebzeiten über sein Vermögen zu verfügen, sondern auch berechtigt war durch Testament zu bestimmen, wem nach seinem Tode sein Vermögen anfallen sollte, standen dem Hausvater nach deutschem Rechte derartige Befugnisse nicht zu. Vielmehr war hier genau bestimmt, wer nach dem Tode des Familienoberhauptes das Vermögen erhielt, und der letztere konnte diese Bestimmung durch eine letztwillige

---

[1]) cf. Göz cit. S. 147. — Loewenwald: Die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. für das deutsche Reich S. 6. — Hasse: Über wechselseitige Testamente im rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. III. S. 239 ff.

[2]) cf. Koeppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts § 84. — Zimmermann, im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I. 3. Heft No. XIX. — Hartmann cit. § 2.

[3]) Heredes successoresque suicuique liberi et nullum testamentum.

Verfügung nicht ändern[1]). Die Erbfolge war eben eine gesetzliche Verwandtenerbfolge und blieb es lange Zeit hindurch. Erst mit dem Eindringen des Christentums unter dem Einfluß der Kirche änderte sich dieser Rechtszustand. Nunmehr kam es nämlich vor, daß jemand auf dem Sterbebette oder sonstiger naher Todesgefahr noch für das Heil seiner Seele sorgen wollte. Dies tat er dann dadurch, daß er einzelne Vermögensstücke, meistens Geldsummen oder Renten, einer Kirche oder einer frommen Stiftung formlos vor Zeugen für den Fall seines Todes vermachte[2]). Von der sachenrechtlichen Natur und dem überwiegenden Vertragscharakter der älteren Vergabungen wird später noch die Rede sein. Die hier in Betracht kommenden einseitigen letztwilligen Verfügungen wurden wegen der Sorge für das Heil der Seele „Seelgeräte" genannt und waren widerruflich. Außer den Seelgeräten bei schwerer Krankheit wurden aber in der zweiten Hälfte des Mittelalters auch solche als giltig anerkannt, die zum genannten Zweck auch bei gesundem Leibe vorgenommen wurden[3]), und nach einiger Zeit wurden auch solche zugelassen, durch welche Verwandte, Freunde oder andere Personen bedacht wurden[4]). Es wurde aber jetzt Errichtung vor Gericht oder Rat verlangt, und nur wenn der Bedenkende krank war, wurde ihm sein persönliches Erscheinen vor Gericht oder Rat erlassen[5]). In diesem Falle wurde ihm eine Gerichts- oder Ratsdeputation in das Haus gesandt. Diese widerruflichen Seelgeräte hatten niemals eine Erbeinsetzung zum Gegenstande, sondern nur einseitige Vergabungen einzelner Vermögensstücke. In dieser Form traten sie zur Zeit der Rezeption dem römischen Recht entgegen. Es wurden nun

[1]) Schroeder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte S. 333. — Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts II. S. 621. — Gierke: Grundzüge des deutschen Privatrechts in Kohler-Holzendorffs Encyclopädie Bd. I S. 246.

[2]) Gierke § 124. — Brunner: Grundzüge des deutschen Privatrechts § 57. — Heusler S. 642 f. — Schroeder S. 739. — Friese-Liesegang: Magdeburger Schöffensprüche I. Bd. S. 834.

[3]) Heusler cit. S. 646.

[4]) Gierke cit. § 124.

[5]) Heusler cit. S. 649 ff. — Schroeder cit. S. 739.

zunächst unter dem Einfluß des fremden Rechts jene Seelgeräte mit dem Namen „Testamente“ bezeichnet, obwohl sie weder Form noch Inhalt mit dem römischen Institut gemeinsam hatten [1]). Erst allmählich gelangte man von dieser nur äußeren Gleichheit der beiden verschiedenen Institute zur inneren Übereinstimmung. Es kamen jetzt auch im deutschen Recht Erbeinsetzungen vor, die auch schon in der Form der römischen Testamente vorgenommen wurden, so daß schließlich das Institut, welches man in Deutschland als Testament bezeichnete, dem römischen Testament völlig entsprach [2]).

Die Seelgeräte waren aber nicht die einzigen letztwilligen Anordnungen vor der Reception, es entwickelten sich vielmehr neben ihnen auch zweiseitige, vertragsmäßige Vergabungen von Todes wegen, von denen eingehender erst bei dem Erbvertrage die Rede sein wird. Diese Vergabungen waren oft gegenseitige, deren sich Eheleute in Eheberedungen bedienten, nicht um das Güterrecht während der Ehe zu regeln, sondern um sich für den Todesfall gegenseitig zu bedenken [3]). Gerade diese Vergabungen von Todes wegen wurden bei dem Eindringen des fremden Rechts in entsprechender Weise wie die Seelgeräte mit dem Namen Testament bezeichnet, obwohl auch sie weder in der Form noch dem Inhalt dem römischen Testament gleichstanden. Da zwei Bedenkende vorhanden waren, wurden sie gemeinschaftliche Testamente genannt [4]). Auch hier entwickelte sich die innere Übereinstimmung erst aus der äußeren. Doch haben sich die gemeinschaftlichen Testamente nicht nur aus den Vergabungen zwischen Eheleuten, sondern auch aus solchen zwischen anderen Personen entwickelt [5]) wenn nämlich das Hauptgewicht auf die Widerruflichkeit gelegt wurde [6]). Andernfalls gingen, wie bei dem Erbvertrage noch ausgeführt werden wird, die Vergabungen in Erbverträge über.

---

[1]) Friese-Liesegang cit. S. 834. — Heusler cit. S. 648.
[2]) Friese-Liesegang cit. S. 834 f.
[3]) Heusler cit. S. 429 f.
[4]) cf. Heusler cit. S. 430.
[5]) Göz cit. S. 149.
[6]) Gierke cit. § 121.

Aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt sich, daß man vor der Rezeption von gemeinschaftlichen Testamenten im gemeinrechtlichen Sinne nicht sprechen kann[1]). Es ist allerdings von gemeinschaftlichen Testamenten bereits vor der Rezeption die Rede. So enthält die Formelsammlung des Mönchs Marculf[2]) aus dem 7. oder 8. Jahrhundert ein Formular für ein gemeinschaftliches Testament unter Eheleuten. Doch beweist dieser Umstand nicht, daß gemeinschaftliche Testamente im gemeinrechtlichen Sinne allgemein im Gebrauch waren. Denn es ist fraglich, ob diese Formel tatsächlich benutzt worden ist. Jene Sammlung war nämlich nur ad exercenda initia puerorum geschrieben, beruhte hier und da auf eigener Erfindung und war namentlich im Erbrecht vom römischen Rechte beeinflußt[3]).

4. Gemeines Recht.

Das gemeinschaftliche Testament, im gemeinrechtlichen Sinne, das demnach weder ein alleiniges Produkt des römischen noch des deutschen Rechts ist, ist vielmehr erst entstanden durch das Zusammenwirken von römischem und deutschem Recht, es ist ein Erzeugnis des gemeinen Rechts, in dem es auch seine Ausbildung erfahren hat. Da nun das gemeinschaftliche Testament weder dem einen noch dem anderen Rechte seine Entstehung verdankt, so muß man sehr vorsichtig sein, um das gemeinschaftliche Testament richtig beurteilen zu können. Man darf einerseits nicht behaupten, daß die Grundsätze des römischen Rechts überhaupt nicht zur Anwendung kommen dürfen, da es aus diesem Recht nicht hervorgegangen sei. Andererseits darf man nicht verlangen, daß die römischen Grundsätze voll und ganz angewendet werden müßten[4]). Denn man darf nicht vergessen, daß das gemeinschaftliche Testament aus einem Be-

[1]) Gierke cit. §§ 124 f. — Hartmann cit. § 3. — Bluntschli: Deutsches Privatrecht § 248. — Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts V. § 307.

[2]) cf. Göz cit. S. 147 f. — Hartmann cit. S. 107 ff.

[3]) Fischer cit. S. 64.

[4]) cf. Koeppen cit. § 84. — Göz cit. S. 155 ff. — Andree im Magazin für hannoverisches Recht Bd. IX 19 ff.

dürfnisse der Rezeptionszeit hervorgegangen ist, einem Bedürfnisse, das im römischen Recht nicht vorhanden war, und daß das deutsche Recht keine Testamente kannte. Wollte man aber das gemeinschaftliche Testament nur nach römischrechtlichen Grundsätzen beurteilen, so würde manche Eigentümlichkeit, insbesondere, wie noch gezeigt werden wird, des sogen. korrespektiven Testaments schwer zu konstruiren sein. Um zur richtigen Behandlung der gemeinschaftlichen Testamente zu gelangeu, muß man vielmehr sagen, daß im allgemeinen die Rechtssätze über das römische Testament angewendet werden müssen; doch werden sich mancherlei Abweichungen von diesen Rechtssätzen ergeben, soweit nämlich diese auf den Eigentümlichkeiten beruhen, die wiederum ihre letzte Ursache in deutschrechtlichen Anschauungen haben. Hüten muß man sich demnach davor, das gemeinschaftliche Testament unter vollen Umständen in das römische Testamentsrecht hineinzwängen zu wollen.

Unstreitig ist, daß die gemeinschaftlichen Testamente im gemeinen Recht allgemeine Geltung erlangt haben, und zwar waren sie ohne Beschränkung für alle Personen zugelassen, wenn sie auch tatsächlich ihre Hauptanwendung bei Eheleuten finden.

Was die Partikularrechte anbelangt, so gestattet sie das ALR.[1]) nur den Ehegatten, der Code civil[2]) verbietet sie vollständig, das österreichische Gesetzbuch[3]) nimmt denselben Standpunkt wie das ALR. ein, während das sächsische BGB.[4]) wie das gemeine Recht sie für alle Personen zuläßt.

Das gemeinschaftliche Testament kann dreifacher Art sein. Man unterscheidet, allerdings nur in der Theorie, testamenta simultanea, reciproca und correspectiva[5]).

---

[1]) I, 12 § 614. II, 1 § 482.

[2]) Art. 968.

[3]) § 1248.

[4]) §§ 2196—2202.

[5]) cf. Göz cit. S. 150 ff, — Stobbe cit. V § 307. — Wächter Pand. II § 295. — Bluntschli cit. § 248. — Koeppen cit. § 84. — Maurenbrecher: Lehrbuch des heutigen gemeinen Rechts § 558. — Heinzerling cit. S. 250 ff. — Windscheid: Pand. III § 568. — Dern-

a) Die simultanen Testamente.

Die testamenta simultanea sind diejenigen, bei welchen die Testamente der Erblasser nur den Errichtungsakt gemeinsam haben, im übrigen aber in gar keinem Zusammenhang stehen. Die Verbindung der beiden letzten Willen hat also juristisch keinerlei Bedeutung. Es wird zugegeben, daß reine simultane Testamente selten in der Praxis vorkommen werden. Eine Reihe von Juristen wie Mühlenbruch[1]), Puchta[2]), Arndts[3]), Andree[4]), Brinz[5]), Sintenis[6]) haben behauptet, daß gemeinschaftliche Testamente niemals nur simultane sein dürfen, sondern sie müßten reziproke sein. Man hat diese Meinung damit zu begründen versucht, daß sie sonst gegen die unitas actus verstießen, die nach DXXVIII, 1 1 21 § 3 und C. 6, 23 c 28 für Testamente gefordert würde. Diese Ansicht beruht auf der falschen Auffassung der unitas actus. Wenn Fischer[7]) hierzu bemerkt, daß dann auch die reciproca und correspectiva, die doch von jenen Juristen anerkannt würden, ebenfalls gegen die unitas actus verstoßen müßten, so kann auch dieser Meinung nicht ganz beigestimmt werden. Denn die unitas actus besteht darin[8]), daß der feierliche Akt der Testamentserrichtung von Anfang bis zu Ende ununterbrochen ohne Einmischung eines fremden, mit der Testamentshandlung in keiner Verbindung stehenden Geschäfts vor sich gehe. Bei dieser Definition der unitas actus könnte nun in Bezug auf sie zwischen simultanen einerseits und den reziproken sowie korrespektiven andererseits ein Unterschied gemacht werden. Wie vorweg genommen wird, bestehen die reziproken darin, daß die Erblasser sich gegen-

---

burg: Pand. III § 97. — Mittermaier: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts II § 462.

[1]) in Glücks Kom. Bd. 38 S. 215.

[2]) Pand. II § 481.

[3]) Pand. § 500.

[4]) cit. S. 20.

[5]) Pand. III § 380.

[6]) Civilrecht III § 178.

[7]) cit. S. 73.

[8]) cf. Windscheid cit. § 508. — Glück cit. Bd. 34 S. 375 f.

seitig bedenken, und bei den korrespektiven stehen die Verfügungen des einen Erblassers in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu denen des anderen. Man könnte nun sagen, dadurch, daß bei den reziproken ein gegenseitiges Bedenken, bei den korrespektiven ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, ist das Testament des einen in Bezug auf das des anderen kein fremdes Geschäft, dagegen bei den simultanen, wo also die beiden Testamente nur den Errichtungsakt gemeinsam haben, ist das eine für das andere ein fremdes. Man darf aber auch bei den simultanen nicht annehmen, daß das eine Testament für das andere ein fremdes sei und demnach gegen die unitas actus verstieße. Denn auch die simultanen Testamente werden nur von Personen errichtet werden, die zu einander in einem innigen Verhältnis stehen, so daß das, was die eine für den Fall ihres Todes bestimmt, der anderen nichts Unbekanntes, Fremdes sein wird. Dann aber will die unitas actus auch nur verhindern, daß längere Pausen bei der Testamentserrichtung entstehen. Es muß außerdem berücksichtigt werden. daß das Erfordernis der unitas actus aus dem römischen Recht stammt, also auf das Einzeltestament zugeschnitten ist, so daß man diese Bestimmung bei dem gemeinschaftlichen Testament nicht zu streng auffassen darf. Wie die Theorie, so hat auch die Praxis simultane Testamente zugelassen[1]).

b) Die reziproken Testamente.

Die zweite Art sind die reziproken Testamente. Dies sind, wie schon erwähnt, diejenigen, bei denen die Testatoren sich gegenseitig bedenken; daß sie sich zu Erben einsetzen, ist nicht nötig[2]). Manche wie z. B. Sintenis[3]), Stobbe[4]), Wächter[5]) scheinen allerdings anzunehmen, daß reziproke Testamente nur dann vorhanden sind, wenn sich die Erblasser gegenseitig zu

---

[1]) cf. Seufferts Archiv 31 No. 46.

[2]) cf. Arndts cit. § 500. — Bluntschli cit. § 248. — Koeppen cit. § 84. — Heinzerling cit. § 3.

[3]) cit. § 178.

[4]) cit. § 307.

[5]) Pand. II § 295.

Erben einsetzen. Nötig ist ferner auch nicht, daß die Erblasser sich nur gegenseitig bedenken, d. h. daß sie außer den gegenseitigen nicht auch noch andere Verfügungen treffen können. Diese Testamente sind reziproke dann nur insoweit, als gegenseitiges Bedenken vorliegt.

c) Die korrespektiven Testamente.

Die wichtigsten von den gemeinschaftlichen Testamenten sind die korrespektiven. Bei diesen sind die Verfügungen des einen Erblassers in Rücksicht auf die des anderen getroffen, so daß das Bestehen der Verfügungen des einen abhängig ist von dem Bestande der des anderen. Man versteht dabei unter dem Namen korrespektive Testamente sowohl diejenigen, bei denen sämtliche Verfügungen, als auch diejenigen, bei denen nur einzelne Verfügungen in dem oben bezeichneten Abhängigkeitsverhältnis stehen[1]). Die letzteren Testamente sind nur insoweit korrespektiv, als die Verfügungen der beiden Erblasser von einander abhängig sind, im übrigen sind sie entweder nur reziproke oder bloß simultane. Ein gemeinschaftliches Testament kann aber auch dann korrespektiv sein, wenn sich die Erblasser nicht gegenseitig bedenken. Allerdings wird es selten vorkommen, daß korrespektive Testamente nicht reziproke sind. Abgesehen wird natürlich hier von denjenigen Testamenten, die ebenfalls Verfügungen enthalten, welche in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen, ohne überhaupt gemeinschaftliche zu sein. Denn dieser Fall kann auch eintreten.

Von den Partikularrechten ist das ALR.[2]) bezüglich der Korrespektivität in seiner Fassung etwas ungenau. Nimmt man den Ausdruck des ALR. ganz wörtlich, so können korrespektive Testamente nur diejenigen sein, bei denen sich die Erblasser gegenseitig zu Erben einsetzen. Die simultanen erwähnt es gar nicht. Doch hat man diese strenge Auffassung in der

---

[1]) cf. Dernburg cit. § 97. — Loewenwald cit. S. 19. – Windscheid cit. § 568.

[2]) cf. I, 12 § 614. II, 1 § 482.

Theorie[1]) und Praxis[2]) nicht gehabt, man hat vielmehr auch die Testamente als korrespektive anerkannt, wo die Erblasser sich nur auf eine Quote zu Erben einsetzen oder sich sonst in irgend einer Weise bedenken, im übrigen aber andere nicht gegenseitige letztwillige Verfügungen treffen, so daß sich dann diese Meinung mit der gemeinrechtlichen deckt. Das sächsische Gesetzbuch[3]) spricht sich dagegen über die Korrespektivität im gemeinrechtlichen Sinne aus.

Über die korrespektiven Testamente selbst sowie über die Frage, welche gemeinschaftlichen Testamente korrespektiver Natur sind, sind im gemeinen Recht die mannigfachsten Ansichten verbreitet gewesen. Es hat sogar nicht an Juristen gefehlt, welche die gemeinschaftlichen Testamente als korrespektive überhaupt nicht anerkannt haben, so vor allem Hartmann[4]). Er meint, gemeinschaftliche Testamente dürfen deswegen niemals korrespektiv sein, weil sie dann gegen das Verbot kaptatorischer Verfügungen verstießen[5]). Nun ist aber dieses Verbot[6]) deswegen ergangen, um die Erbschleicherei oder wenigstens den Versuch zu verhindern, mit seinen letztwilligen Verfügungen ein Geschäft zu machen[7]). Davon kann doch aber hier keine Rede sein, wo das gemeinschaftliche Testament aus der innigen Zuneigung zweier Ehegatten oder anderer sich nahestehender Personen entsprungen ist.

Im übrigen sind aber, wie schon früher erwähnt ist, die korrespektiven Testamente von der Theorie und der Praxis allgemein anerkannt worden.

Als Beispiele für die korrespektiven Testamente werden hier immer die beiden Fälle gedacht werden, wo die Erblasser

---

[1]) Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts IV. Bd. § 257.

[2]) cf. RGE. Bd. 5 No. 66.

[3]) § 2200.

[4]) cf. § 5.

[5]) cf. auch Zimmermann cit. No. XIX.

[6]) D XXVIII, 5 1 70.

[7]) cf. Windscheid cit. III. § 568. — Puchta: Vorlesungen II § 481. — Glück cit. Bd. 35 S. 50 ff.

sich gegenseitig zu Erben einsetzen oder sich gegenseitig den Nießbrauch an ihrem Vermögen zuwenden mit der Bestimmung, daß ihr Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden an einen Dritten oder mehrere Personen fallen soll.

Die Korrespektivität hat bei den gemeinschaftlichen Testamenten die Wirkung, daß die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Verfügungen des einen Erblassers, mag diese eingetreten sein aus einem Grunde, aus welchem sie wolle, die Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügungen des anderen zur Folge hat. Diese Wirkung hat man fälschlicher Weise vom römischrechtlichen Standpunkte aus auf verschiedene Art zu erklären versucht. Doch ist dies nicht zu billigen. Man hat zunächst behauptet, daß die Verfügung des einen Erblassers bedingt sei durch die des anderen. So haben unter anderen Göz[1]), Koeppen[2]), Dahn[3]), Zimmermann[4]) gemeint, diese Bedingung sei die Suspensivbedingung: (negative Potestativbedingung) „das Testament des einen Erblassers solle nur bestehen bleiben, wenn der andere sein Testament nicht ändere". Falls also der eine Erblasser gestorben wäre, und der andere wollte die Erbschaft antreten, so könnte sie ihm ausgeantwortet werden, wenn er die cautio Muciana[5]) leiste. Nun kann zwar eine Suspensivbedingung einem Testament gültig beigefügt werden[6]), doch hätte dies dann zur Folge, daß der Überlebende, da ihm ja nach Ansicht der Verteidiger der Suspensivbedingung der Widerruf seiner Verfügung auch nach dem Antritt der Erb-

[1]) cit. S. 155 ff.

[2]) cit. § 84.

[3]) Deutsches Privatrecht S. 308 ff.

[4]) cit. No. 19.

[5]) Die cautio Muciana mußte von demjenigen, dem unter der negativen Potestativbedingung, daß er etwas nicht tun würde, ein Legat vermacht worden war, als Sicherheit für die Wiederherausgabe des Vermächtnisses gestellt werden, wenn er das Legat sofort haben wollte. Da die Möglichkeit bestand, daß der Legator die verbotene Handlung bis zu seinem Tode vornehmen könnte, so hätte ihm ohne die Kaution das Legat nicht ausgeantwortet werden können.

[6]) cf. Buchka: in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Bd. 12 No. 6 S. 212.

schaft des anderen freistände, und dieser Widerruf also immer bis zum Tode des Überlebenden möglich wäre, die Erbschaft niemals als Erbe im eigentlichen Sinne antreten könnte. Dies entspricht aber durchaus nicht dem Willen der Parteien. Von Heinzerling[1]) ist wiederum behauptet worden, daß das Testament des einen Erblassers unter der Resolutivbedingung: solange der andere sein Testament nicht ändert, errichtet worden sei. Unter einer Resolutivbedingung kann es aber deswegen nicht errichtet sein, weil eine solche Bedingung als nicht hinzugefügt, das Testament daher als unbedingt gilt[2]). Denn sonst würde dies dem Satze: semel heres semper heres widersprechen.

Während die Verteidiger dieser beiden Ansichten zugeben, daß durch die Unwirksamkeit des einen Testaments auch das andere seinen Bestand ohne weiteres verliert, kommt Windscheid[3]), der behauptet, daß jedes Testament unter der Voraussetzung errichtet sei, daß das andere seinen Bestand behalte, zu einem Resultat, mit dem er sich in Widerspruch zu der herrschenden Ansicht stellt. Nach ihm verliert nämlich, unter der Voraussetzung, daß das eine Testament hinfällig wird, das andere nicht direkt seine Wirksamkeit, sondern kann zurückgenommen werden.

Es kann hier weder der einen noch der anderen Ansicht beigestimmt werden, es wird vielmehr mit Keller[4]), Fischer[5]), Loewenwald[6]), Glück[7]) angenommen, daß jeder Erblasser sein Testament mit Rücksicht auf das des anderen errichtet hat, daß er den anderen deswegen in seinem Testament bedenkt, weil auch der andere dies tut. Jeder Erblasser rechnet

---

[1]) cit. § 5.

[2]) D XXVIII, 5 1 89 (88), cf. auch D XXIX, 1 1 17 § 4, wo die Zulässigkeit bei Soldatentestamenten als eine Eigentümlichkeit aufgeführt wird.

[3]) cit III § 568.

[4]) cit. II. § 505.

[5]) cit.

[6]) cit. § 2.

[7]) cit. Bd. 35 S. 63 f.

also darauf, daß der andere sein Testament bestehen läßt. Dies ist der Wille der Erblasser. Daraus muß aber folgen, daß, wenn das eine Testament aus irgend einem Grunde wegfällt, auch damit das andere seinen Bestand verliert, denn das eine war der Grund für das andere. Fällt aber der Grund weg, dann ist das Testament hinfällig. Man muß gerade bei der Korrespektivität wie auch nachher bei der in engem Zusammenhange mit ihr stehenden Frage nach der Möglichkeit des Widerrufs nach Antritt der Erbschaft seitens des Überlebenden sich nicht auf römischen Standpunkt stellen, sondern die Eigenart der korrespektiven Testamente und vor allem den Willen der Erblasser berücksichtigen.

Der Grund für den Wegfall des einen Testaments kann z. B. auch der Widerruf seitens des einen Erblassers zu Lebzeiten des anderen sein, der ja jedem Erblasser freisteht. In diesem Fall ist, was die unmittelbare Wirkung der Korrespektivität anbelangt, von manchen wie Glück[1]), Stobbe[2]), Windscheid[3]), Heinzerling[4]) eine Einschränkung gemacht worden. Wenn nämlich der eine Erblasser sein Testament widerruft und der andere davon erfährt und sein Testament doch bestehen läßt, so soll es wirksam bleiben. Diese Ansicht ist nicht richtig. Denn mit dem Widerruf des einen Testaments verliert das andere, natürlich nur soweit es korrespektiv ist, wie schon erwähnt, von selbst seine Gültigkeit[5]). Es ist also gar keine Tätigkeit des anderen Erblassers nötig, um sein Testament umzustoßen. Außerdem ist es doch sehr leicht möglich, daß der Testator gerade deshalb sein Testament nicht abändert, weil er mit Recht glaubt, es sei durch den Widerruf des anderen ungültig geworden. Demnach ist das Erfahren und doch nicht Abändern noch kein Beweis dafür, daß das Testament bestehen bleiben soll. Lag es aber in dem Willen des Testators, daß sein Testament trotz des Widerrufs des anderen bestehen bleibe,

[1]) cit. Bd. 35 S. 50 ff.
[2]) cit. V. § 307.
[3]) cit. III. § 568.
[4]) cit. § 7.
[5]) cf. S. 16 und die dort unter An. 4—7 Angeführten.

so muß dieser Wille auch ausdrücklich und erkennbar hervorgetreten sein[1]). Ist dies geschehen, so ist das wirksambleibende Testament inhaltlich doch ein anderes, ein neues trotz der wörtlichen Übereinstimmung mit dem alten. Denn der Erblasser will jetzt nicht mehr die Korrespektivität.

Ebenso bestritten wie die Korrespektivität selbst ist auch die Frage, wann ein gemeinschaftliches Testament korrespektiv ist, bezw. welche Verfügungen der beiden Erblasser korrespektiver Natur sind. Darauf ist zunächst zu antworten, daß die Korrespektivität ausdrücklich ausgesprochen sein kann, indem jeder Erblasser erklärt, daß seine Verfügungen von dem Bestehenbleiben der des anderen abhängig sein sollen. Daß aber die Korrespektivität immer ausdrücklich hervorgehoben werden müsse, damit das Testament als ein korrespektives angesehen werden könne, ist nicht nötig[2]); denn es kann auch die gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen beider Erblasser von einander indirekt in den Verfügungen enthalten sein, so daß man aus den Verfügungen selbst schließen kann, daß die Erblasser die Abhängigkeit gewollt haben. Es wird also jedes Mal, falls die Erblasser die Korrespektivität nicht besonders ausgesprochen haben, quaestio facti sein, ob und inwieweit das Testament korrespektiv ist. Man wird dies gewöhnlich schon aus der Art der Verfügung schließen können, wenn die Erblasser, zumal Ehegatten, sich gegenseitig zu Erben einsetzen oder sich gegenseitig den Nießbrauch an ihrem Vermögen zuwenden und bestimmen, daß nach dem Tode des Längstlebenden ihr Vermögen an einen oder mehrere Dritte fallen soll. Doch kann sich aus anderen Umständen ergeben, daß ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis auch in diesen Fällen nicht bestehen soll. Für den Fall, daß eine ausdrückliche Bestimmung der Korrespektivität fehlt, haben Sintenis[3]) und Puchta[4]) eine Vermutung der Korre-

---

[1]) cf. auch Sintenis cit III § 178 Loewenwald cit. S. 56 f. — Koeppen cit. § 84.

[2]) cf. Göz cit. S. 155 ff. — Stobbe cit. V § 307. — Mittermaier cit. § 462. — Loewenwald cit. S. 23 f.

[3]) cit. III. § 178.

[4]) Vorlesungen II § 481 Pand. § 481.

spektivität für alle reziproken Testamente aufgestellt. Brinz[1]) ist noch weiter gegangen und hat behauptet, alle reziproken Testamente müßten korrespektiv sein. Andere wie z. B. Glück[2]), Fischer[3]) meinen wiederum, daß in einzelnen Fällen des gemeinschaftlichen Testaments eine Vermutung für die Korrespektivität bestehe.

Mit der Korrespektivität im engsten Zusammenhange steht die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs zu Lebzeiten beider Erblasser und nach dem Tode des einen von beiden.

Unstreitig ist zunächst, daß bei sämtlichen gemeinschaftlichen Testamenten zu Lebzeiten der beiden Erblasser jedem von diesen der Widerruf des eigenen Testaments völlig frei steht. Unstreitig ist ferner, daß auch nach dem Tode des einen Erblassers dem Überlebenden der Widerruf seines Testaments bei den simultanen und reziproken, bei den letzteren auch nach Antritt der Erbschaft des Zuerstverstorbenen gestattet ist. Bei den simultanen und den reziproken Testamenten hat der Widerruf des einen Testaments auf das andere keinen Einfluß, da sie in keinem inneren Zusammenhange stehen. Bei den korrespektiven dagegen macht der Widerruf des einen Testaments das andere ohne weiteres hinfällig[4]). Sehr fraglich gestaltet sich aber die Zulässigkeit des Widerspruchs bei den korrespektiven Testamenten nach dem Tode des einen Testators und Antritt der Erbschaft desselben seitens des Überlebenden. Es schaltet zunächst der Fall der korrespektiven Testamente aus, wo die beiden Erblasser sich nur gegenseitig zu Erben eingesetzt oder sonst in irgend einer Weise bedacht haben, ohne andere Verfügungen getroffen zu haben. Denn hier wird das Testament des Überlebenden durch den Tod des Zuerstverstorbenen unwirksam. Er kann also über sein Vermögen auch durch ein neues Testament verfügen. In allen anderen Fällen der korrespektiven Testamente aber kommt es darauf an, ob der Überlebende die Erbschaft des Zuerstverstorbenen aus-

[1]) Lehrbuch der Pandekten III § 380.
[2]) cit. Bd. 35 S. 63 f.
[3]) cit. S. 73.
[4]) cf. S. 22 und die dort unter 2—5 Angeführten.

schlägt oder annimmt. Schlägt er sie aus, wozu er das Recht hat, so kann er sein Testament frei widerrufen oder aufheben. Insoweit das Testament des Zuerstverstorbenen korrespektiv war, wird es hinfällig, und es tritt Intestaterbfolge ein. Nimmt der Überlebende aber die Erbschaft an, so ist er auch an sein Testament gebunden, wenigstens soweit es korrespektiv ist. Jede Verfügung von Todes wegen, die eine Änderung des korrespektiven Testaments bezweckt, ist unwirksam. Diese Ansicht ist allerdings sehr bestritten. Die ältere Theorie[1]) und Praxis[2]) haben fast einstimmig dem Überlebenden auch nach dem Erbschaftsantritt den freien Widerruf gestattet. Dieser Meinung ist auch in der neueren Zeit eine ganz beträchtliche Zahl von Juristen gefolgt, es seien nur erwähnt Windscheid[3]), Sintenis[4]), Puchta[5]), Göz[6]), Andrée[7]), Hasse[8]), Stobbe[9]), Bluntschli[10]), Koeppen[11]), Zimmermann[12]), Dahn[13]) und Heinzerling[14]). Während sich Beseler[15]) in den Erbverträgen für den freien Widerruf auch nach Erbschaftsantritt ausspricht, entscheidet er sich in seinem „deutschen Privatrecht[16]) für die Unwiderruflichkeit als ein Ergebnis des neueren Gewohnheitsrechts. Bolley[17]) ist im Prinzip für die Unwiderruflichkeit, macht jedoch eine solche Reihe von Einschränkungen, daß

---

[1])[2]) wie Oldradus de Ponte, Fichard, Karpzov, Oldendorf cf. darüber Näheres bei Fischer cit. S. 85 ff.

[3]) cit. III. § 568.

[4]) cit. III 178.

[5]) Vorlesungen II. § 481 und Pand. § 481.

[6]) cit. S. 155 ff.

[7]) im Magazin für hannov. Recht IX. 19 ff.

[8]) im rheinischen Museum für Jurisprudenz III S. 239 ff.

[9]) cit. V § 307.

[10]) cit. § 248.

[11]) cit. § 84.

[12]) cit. Nr. XIX.

[13]) S. 308 ff.

[14]) cit. 38.

[15]) Die Lehre von den Erbverträgen II, 1 S. 340.

[16]) § 142.

[17]) Beitrag zur Lehre von den korrespektiven Testamenten der Eheleute § 8.

man fast annehmen könnte, er wäre mehr für die Widerruflichkeit. Fast alle hier Genannten suchen ihre Ansicht mehr oder weniger vom römischrechtlichen Standpunkt aus zu begründen. Dies ist aber ein großer Fehler. Denn gerade hier muß die Eigentümlichkeit des gemeinschaftlichen Testaments und der Wille der Erblasser berücksichtigt werden. Stellt man sich auf den rein römischrechtlichen Standpunkt, der ja den korrespektiven Testamenten völlig widerstrebte, so wird man natürlich zu dem freien Widerruf gelangen. Man wird aber damit ein Resultat erzielen, das ganz und gar nicht dem entspricht, was die Erblasser gewollt haben, was gerade das Bedürfnis für das gemeinschaftliche Testament gewesen ist. Jeder Erblasser hat seine Verfügungen mit Rücksicht darauf errichtet, daß auch der andere dies tut und seine Verfügungen bestehen läßt. Die Erblasser wollen also, daß, falls der eine sein Testament widerruft, auch das andere damit hinfällig sein soll. Daraus folgt zunächst noch nicht, daß, wie Buchka[1]) meint, die Erblasser einander das „fideikommissarische onus“ auferlegen, ihr Testament ohne Widerruf bestehen zu lassen. Es folgt vielmehr daraus, daß die Testatoren zunächst nur beabsichtigt haben, mit dem Widerruf des einen soll auch das andere fallen. Die Erblasser haben aber ferner auch zum Ausdruck bringen wollen, daß, wenn dem einen der Widerruf durch seinen Tod unmöglich gemacht worden ist, auch der andere nicht mehr widerrufen darf. Man darf aber daraus nicht schließen wollen, daß der Überlebende die Erbschaft antreten müsse, denn dies würde allen Grundsätzen des Erbschaftsantritts widersprechen und eine große Härte sein. Diese beiden wenn auch übereinstimmenden Willen gehen nebeneinander her, ohne daß diese Übereinstimmung eine vertragsmäßige würde. Nimmt nun der Überlebende die Erbschaft an, obwohl er weiß, daß der andere nicht mehr widerrufen kann, so übernimmt er damit die Verpflichtung, seinerseits sein Testament bestehen zu lassen. Indirekt also aus dem Willen der Erblasser, direkt aus der im Erbschaftsantritt zum Ausdruck kommenden Verpflichtung

[1]) cit. S. 215.

heraus entspringt die Unwiderruflichkeit des Testaments des Überlebenden nach dem Erbschaftsantritt. Es muß aber ferner noch berücksichtigt werden, daß, da gemeinschaftliche Testamente nur solche Personen schließen werden, welche in einem innigen Verhältnis zu einander stehen, jeder Erblasser dem anderen auch das Vertrauen schenkt, daß er seinen Willen respektieren werde.

Dieses Gebundensein nach dem Erbschaftsantritt ist demnach weder ein vertragsmäßiges, wie Loewenwald[1]) dies meint, denn wie Fischer[2]) auch richtig bemerkt, kann mit einem Verstorbenen nicht kontrahiert werden, noch entspringt es einem Quasikontrakt, wie Mühlenbruch[3]) annimmt, es geht, wie oben ausgeführt worden ist, vielmehr hervor aus der im Erbschaftsantritt liegenden Verpflichtung, das eigene Testament nicht mehr zn widerrufen. Außer Loewenwald und Mühlenbruch sind auch noch andere unter verschiedener Begründung für die Unwiderruflichkeit eingetreten, so Fischer[4]), Dernburg[5]), Glück[6]), Brinz[7]), Lenel[8]) Heimbach[9]). Ebenso hat sich die Praxis[10]) für die Unwiderruflichkeit entschieden. Denselben Standpunkt vertreten von den Partikularrechten das A. L. R.[11]) und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch[12]).

Dagegen hat, wenn die Erblasser sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, der Überlebende das Recht, in jeder Weise über das durch das gemeinschaftliche Testament betroffene Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden frei zu ver-

---

[1]) cit. S. 43.
[2]) cit. S. 69.
[3]) in Glücks Kom. Bd. 38 S. 238.
[4]) cit. S. 85.
[5]) cit. III. § 97.
[6]) cit. Bd. 35 S. 69 f.
[7]) cit. III. § 380.
[8]) Im Archiv für civilistische Praxis Bd. 79 S. 94 ff.
[9]) In Weiske's Rechtslexikon Bd. X S. 889 ff.
[10]) cf. R. G. E. Bd. VI, No. 46; XXVII, No. 34; XXXXI, No. 48.
[11]) II, 1 § 492.
[12]) § 2214.

fügen[1]). Es könnte allerdings auch der Zuerstverstorbene Bestimmungen darüber getroffen haben. Diese würden dann, was sein Vermögen als Nachlaß in die Hand des anderen anbelangt, zunächst maßgebend sein. Über die freie Verfügung unter Lebenden mit Rücksicht auf das gemeinschaftliche Testament sind verschiedene Ansichten verbreitet gewesen[2]), weil gerade in diesem Falle die Verfügungen der Erblasser verschieden beurteilt worden sind. Mühlenbruch und andere[3]) fassen nämlich das Testament so auf, als hätten die Erblasser über ihr beiderseitiges Vermögen als einziges, jeder also zugleich über das Vermögen des anderen verfügt, die dritten aber, an welche das Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden fallen soll, als Universalfideikommissare bezüglich des ganzen Vermögens berufen. Diese Auffassung hat zunächst das Gekünstelte der ganzen Konstruktion wider sich. Es würde der Überlebende auch bezüglich seines eigenen Vermögens als Fiduziar anzusehen sein, was unzulässig ist. Jene Ansicht ist ferner deswegen unhaltbar, weil ihr der Grundsatz entgegen ist, daß niemand mit Vermächtnissen belastet werden könne, wofür er nicht eine Deckung in der Erbschaft finde[4]). Dernburg[5]) ist der Ansicht, daß die Dritten bezüglich des Nachlasses des Zuerstverstorbenen Universalfideikommissare, bezüglich des Nachlasses des Überlebenden Vulgarsubstituten sind, eine Ansicht, die als die herrschende im gemeinen Recht zu bezeichnen ist. Hier aber wird mit Loewenwald[6]) einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1890[7]) gefolgt, in der zum ersten Male folgende Meinung auftritt. Danach setzt jeder Erblasser für den Fall, daß er zuerst versterben werde, den anderen Erblasser, für den Fall aber, daß er zuletzt versterben werde, die Dritten zu Erben ein. Die Folge davon ist, daß mit dem

[1]) cf. Beseler: Deutsches Privatrecht § 142. — Koeppen cit. § 84.

[2]) cf. Mühlenbruch cit. Bd. 38 S. 242 f. — Bolley cit. § 8. — Planck, Komm. V. S. 496 f.

[3]) cf. Heimbach cit. S. 899.

[4]) cf. D XXXVI 1, l. 1 § 17; cf. auch Seuffert. Bd. 45, No. 258.

[5]) cit. III. § 97 Anm. 7.

[6]) cit. S. 70.

[7]) cf. R. G. E. Bd. 27 No. 24 und auch Bd. 38 S. 217.

Tode des Zuerstverstorbenen und dem Antritt durch den Überlebenden die Verfügung des Zuerstverstorbenen abgesehen von dem aus der Korrespektivität sich ergebenden Gebundensein des Überlebenden, erledigt ist. Die Einsetzung der Dritten als Erben tritt als Verfügung des Zuerstverstorbenen nicht in Kraft, die Dritten werden vielmehr direkte Erben des Überlebenden auf Grund seiner Verfügung.

Nach der verschiedenen Auffassung richtet sich auch das Verhältnis zwischen dem Überlebenden und dem Dritten. Faßt man die Verfügung der Erblasser als Universalfideikommissum auf, so geht die eine Ansicht dahin, daß die Dritten ein übertragbares Recht erst mit dem Tode des Überlebenden erwerben, eine Ansicht, der man sich anschließen kann. Danach wird ein Universalfideikommiß, das auf den Tod des Belasteten gestellt ist, ebenso behandelt wie das an eine ungewisse Zeit geknüpfte[1]). In dem letzteren Falle aber erwirbt der Universalfideikommissar ein übertragbares Recht erst nach dem Tode des Onerirten[2]). Es ist also Existenz und Zahlung des Universalfideikommisses aufgeschoben. Nach der anderen Ansicht, die Dernburg[3]) vertritt, ist nur die Zahlung aufgeschoben, so daß ein transmissibles Recht schon bei dem Tode des Erblassers, hier also des Zuerstverstorbenen, eintritt. Nimmt man dagegen an, daß die Dritten nur bezüglich des Nachlasses des Zuerstverstorbenen Universalfideikommissare sind, so erwerben sie ein übertragbares Recht erst mit dem Tode des Überlebenden bezüglich seines Nachlasses, während sich, was das Vermögen des Zuerstverstorbenen anbelangt, dieselben Streitfragen wie die eben erwähnten ergeben. Nach der hier vertretenen Ansicht ergibt sich klar, daß die Dritten ein Recht immer erst mit dem Tode des Überlebenden erwerben[4]).

Wenn in einem solchen korrespektiven Testament die Verwandten der beiden Erblasser schlechthin als die dritten genannt sind, so fällt, falls nicht besondere Bestimmungen ge-

[1]) cf. D XXXVI, 2 l. 4 pr.; XXXV, 1 l. 79.
[2]) cf. D XXXV, 1 l. 75; XXXVI, 2 l. 5 § 2.
[3]) cit. III. § 107.
[4]) cf. R. G. E. Bd. 27 No. 24.

troffen sind, das ganze Vermögen, zu dem nicht nur das gehört, was die Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung besessen haben, und was bei dem Tode des Zuerstverstorbenen vorhanden war, sondern auch das mit einbegriffen ist, was der Überlebende später erwirbt, an die bei dem Tode des Längstlebenden vorhandenen beiderseitigen Verwandten als Erben zu gleichen Teilen [1]).

II. Des Erbvertrages im allgemeinen.

1. Allgemeines.

Ein Erbvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag über die Beerbung einer oder mehrerer Personen. Er kann in drei Arten vorkommen.

Erbeinsetzungsvertrag, Beerbungsvertrag oder acquisitiver Erbvertrag ist er, wenn durch ihn jemand auf den ganzen Nachlaß oder nur auf eine Quote desselben zum Erben eingesetzt wird. Es tritt also hier Universalsuccession ein.

Ein Enterbungsvertrag, Erbverzicht oder negativer Erbvertrag liegt vor, wenn der oder die Mitkontrahenten dem Erblasser gegenüber auf ihr Erbrecht ganz oder zum Teil verzichten.

Wenn aber der oder die Mitkontrahenten oder ein Dritter etwas durch den Erbvertrag zugewendet erhalten, ohne daß sie zu Erben eingesetzt werden, so ist ein Vermächtnisvertrag vorhanden und es tritt Singularsuccession ein.

2. Römisches Recht.

Allgemein [2]) wird angenommen, daß es im römischen Recht keine Erbverträge gegeben hat. Die Quellen [3]) erklären sie

[1]) cf. Beseler: Privatrecht § 142. — Hasse cit. III. S. 239 ff. — Glück cit. Bd. 35 S. 74.

[2]) Bluntschli cit. § 240. — Hartmann cit. S. 13. — Beseler: Erbverträge II. 1 § 4. — Wächter cit. II § 273. — Koeppen cit. § 3.

[3]) cf. D XXXVIII, 16, l. 16; XXXXV, 1, l. 61. C. 8, 38c 3, 4; 5, 14c 5; 6, 20c 3.

für contra bonos mores und zwar deswegen, weil sie der römischen Testierfreiheit widersprechen. Denn in der Regel sind sie unwiderruflich.

3. Deutsches Recht.

Im deutschen Recht kann man bis zur Rezeption des römischen Rechts von Erbverträgen im gemeinrechtlichen Sinne ebenfalls nicht sprechen.

Wie bereits früher erwähnt worden ist, war es im deutschen Recht zunächst nicht möglich, anderen als den gesetzlichen Erben das Vermögen zuzuwenden. Doch schon frühzeitig kam ein Rechtsgeschäft in Übung, das den Zweck hatte, einem erblosen Deutschen die Möglichkeit zu gewähren, sich einen Erben selbst zu wählen. Dies war die Affatomie [1]) des fränkischen und die Gairethinx des langobardischen Rechts [2]). Natürlich war dazu in ältester Zeit die Zustimmng der Gemeinde, später des Königs als der Heimfallsberechtigten nötig, weswegen dieses Geschäft im gebotenen Thing vorgenommen werden mußte [3]). Es erfolgte in der Weise, daß der Erblose zu Händen eines Salmannen sein Vermögen übergab [4]), der die Verpflichtung hatte, binnen Jahr und Tag nach dem Tode des Erblosen das Vermögen dem gewählten Erben auszuantworten [5]). Gegenstand der Affatomie konnte sowohl ein ganzes Vermögen als auch ein Vermögensteil sein [6]). Durch die Affatomie wurde also nicht nur Vermögen übertragen, sondern auch, und das ist der Hauptzweck gewesen, ein Erbe künstlich geschaffen. Sie war eine adoptio in hereditatem und gehörte dem Familien- und Erbrecht an. Der gewählte Erbe wurde in die Sippe aufgenommen und so gehalten, als wenn er blutsverwandt gewesen wäre [7]. Deswegen war die Affatomie in der ältesten Zeit nur zulässig,

---

[1]) Gierke cit. § 121. — Heusler cit. S. 621 ff.
[2]) Schultze: Die langobardische Treuhand S. 6 ff.
[3]) Schroeder cit. S. 334.
[4]) Gierke cit. S. 121. — Schulze cit. § 2.
[5]) Schroeder cit. S. 334.
[6]) Heusler cit. S. 621 ff. — Schulze cit. S. 6.
[7]) Schroeder cit. S. 334.

wenn bis in die letzte Generation keine Erben vorhanden waren[1]). Diese Bestimmung ist später aber nicht so genau innegehalten worden, die Affatomie fand vielmehr auch dann schon Anwendung, wenn keine Kinder vorhanden waren[2]).

Neben der Affatomie hatten sich auch bereits vertragsmäßige Vergabungen einzelner Vermögensstücke entwickelt, die ebenfalls durch Vermittelung von Salmannen vorgenommen wurden, aber einen rein sachenrechtlichen Charakter trugen[3]). In der fränkischen Zeit des deutschen Reiches sind diese beiden Rechtsgeschäfte in einander übergegangen und haben sich zu den Vergabungen von Todes wegen im eigentlichen Sinne entwickelt[4]). Dies kam daher, daß die Affatomie sowohl in der Form wie in dem Inhalt viel freier wurde und man andererseits den Wunsch hatte, auch ganze Vermögen oder Vermögensteile zu vergeben, ohne dadurch einen Erben zu schaffen. Nach der lex Ribuaria[5]) war die Affatomie schon in der traditio von Grundstücken per chartam zulässig. Die Affatomie verlor ihren erbrechtlichen Charakter und ging schließlich in den Vergabungen ganz auf. Sie wurde nur noch da angewendet, wo man tatsächlich eine Adoption wünschte[6]). Sie hat aber auf die Vergabungen insofern eingewirkt, als in der fränkischen Zeit nicht nur Vergabungen von einzelnen Vermögensstücken, sondern auch eines ganzen Vermögens oder eines Vermögensteiles zulässig war[7]). Der damit Bedachte wurde aber nicht mehr Erbe, sondern die bereits bestanden habenden Vergabungen drückten den neuen Vergabungen ihre Eigenart insofern auf, als die letzteren nur noch einen rein sachenrechtlichen Charakter hatten[8]). Auch bei ihnen bediente man sich oft eines Salmannen[9]) z. B. dann wenn der Bedachte nicht anwesend war.

---

[1])[2]) Heusler S. 622.

[3]) Heusler cit. S. 261. — Schultze cit. S. 7 f.

[4]) Heusler cit. S. 625. — Schroeder cit. S. 334.

[5]) Heusler cit. S. 625.

[6]) Schultze cit. S. 11.

[7]) Heusler cit. S. 622.

[8]) Heusler cit. S. 627, § 199. — Schröter cit. S. 334f. — Gierke § 721. — Schultze cit. S. 11.

[9]) Gierke cit. § 121.

Unter den Vergabungen unterschied man donationes reservato usufructu und post obitum[1]). Bei den ersteren wurde auf den Bedachten sofort Eigentum übertragen, während sich der Bedenkende entweder den lebenslänglichen Nießbrauch, die Leibzuchtsgewere, vorbehielt oder der Bedachte dem Bedenkenden das Vermögen zur Leibzuchtsgewere zurückgewährte[2]). Der Bedenkende zahlte manchmal auch an den Bedachten als Anerkennung seines Eigentums einen Zins[3]). Diese Vergabung war ursprünglich schon wegen der Eigentumsübertragung unwiderruflich[4]) und gewährte unbedingtes Eigentum. Bei den donationes post obitum dagegen wurde durch den Vergabungsakt eine zuerst unentziehbare Anwartschaft dinglicher Natur für den Bedachten begründet[5]). Es wurde allerdings auch bei ihnen Eigentum übertragen, doch war dieses bis zum Tode des Bedenkenden aufschiebend bedingt. Die donationes post obitum waren ebenfalls grundsätzlich unwiderruflich, aber bei ihnen war ein Widerrufsvorbehalt zulässig[6]), der sich später auch bei beiden Vergabungen fand und üblich wurde. Die Form der Vergabung war zunächst die feierliche Auflassung[7]). Daneben kam aber frühzeitig die traditio cartae in Übung, so daß beide Übertragungsarten gleichberechtigt zur Anwendung kamen[8]). Wie schon erwähnt worden ist, konnten Gegenstand der Vergabungen ganze Vermögen, Vermögensteile und einzelne Vermögensstücke sein. Hauptsächlich wurden sie für Liegenschaften angewendet, doch konnte durch sie auch Fahrhabe zugewendet werden[9]). Die Vergabung erfolgte in diesem Falle durch bloße traditio.

[1]) Heusler cit. S. 118. Besonders Hübner: Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs im älteren Deutschen Recht.

[2]) Heusler cit. S. 118. — Gierke cit. § 121. — Schultze cit. S. 8 ff. — Hübner S. 87.

[3]) Heusler cit. S. 119 f. — Hübner cit. S. 116 f.

[4]) Schröder cit. S. 739. — Schultze S. 12 ff.

[5]) Hübner cit. S. 17. — Gierke cit. § 121. — Heusler cit. S. 118.

[6]) Heusler cit. S. 637. — Schroeder S. 739.

[7]) Hübner cit. S. 31 ff., 103 ff.

[8]) Schroeder S. 335. — Heusler S. 630 f.

[9]) Schröder S. 335. — Hübner S. 86.

Aus den obigen Ausführungen ergiebt sich klar, daß das für den Bedachten begründete Recht rein dinglicher Natur war. Daher ging es auch auf die Erben des Bedachten über, wenn dieser vor dem Bedenkenden starb[1]). Ebenso traten, wenn der Salmann starb, die Erben desselben an seine Stelle oder das Recht fiel an einen zweiten Salmann, der von vornherein für diesen Fall bestellt war[2]). Eine Erbeinsetzung kam bei den Vergabungen nicht vor und der Bedachte erlangte durch die Vergabung allein niemals die Stellung eines Erben.

Diesen rein sachenrechtlichen Charakter haben sich die Vergabungen bis zur Rezeption des römischen Recht bewahrt[3]). Dadurch aber unterschieden sie sich scharf von den Erbverträgen im gemeinrechtlichen Sinne, die, wie noch ausgeführt werden wird, erbrechtliche Wirkungen äußern und bei denen das für den Bedachten begründete Hoffnungsrecht auf die Beerbung oder das Vermächtnis grundsätzlich nicht auf die Erben überging. Es erscheint demnach der Schluß gerechtfertigt, daß die Vergabungen vor der Rezeption nicht als Erbverträge bezeichnet werden dürfen.

4. Gemeines Recht.

Die Erbverträge haben sich erst nach der Rezeption unter dem Einfluß des römischen Rechts aus den Vergabungen und zwar aus den einseitigen wie zweiseitigen entwickelt[4]). Doch gingen aus den zweiseitigen, insoweit man die Widerruflichkeit wünschte, auch die gemeinschaftlichen Testamente hervor[5]). Als nämlich die Rezeption begann, fand das römische Recht in den Vergabungen ein fest eingewurzeltes Institut vor. Da den Römern eine Bindung ihres letzten Willens vollständig fremd war, die Deutschen dagegen ihre Vergabungen nicht aufgeben wollten, so konnte es nicht ausbleiben, daß zwischen dem römischen Testamentsrecht und den sachenrechtlichen Verga-

[1]) Schroeder S. 739.
[2]) Beseler: Erbverträge I § 16.
[3]) Gierke § 121 f. — Heusler § 199. — Schroeder S. 739.
[4]) Gierke §§ 121 f. — Schroeder S. 739.
[5]) Gierke § 121.

bungen ein heftiger Kampf entstand, in dem sich die Vergabungen als sehr widerstandsfähig zeigten, so daß sie von dem römischen Recht nicht verdrängt werden konnten. Allerdings konnten sie sich ihren rechtlichen Charakter nicht vollständig bewahren. Denn das römische Recht wirkte insofern sehr auf die Vergabungen ein, als dieselben aus sachenrechtlichen Geschäften zu erbrechtlichen wurden. Unter dem Einfluß des römischen Testamentsrechts mit seiner Erbenschaffung insbesondere kam es dahin, daß nunmehr auch in Deutschland bei den Vergabungen Erbeinsetzungen und Vermächtnisse angeordnet wurden, so daß die Vergabungen in dieser Ausbildung bereits Erbverträge waren. Bei einer derartigen Entwickelung ist es ganz natürlich, daß man unter dem Ansturm des fremden Rechts aus Anhänglichkeit an die Jahrhunderte hindurch bestanden habenden Vergabungen zunächst zu den Erbverträgen griff, die nicht schon eine Erbeinsetzung zum Gegenstande haben, nämlich zu den Vermächtnisverträgen. Daher muß man annehmen, daß die Vermächtnisverträge viel früher als die Erbeinsetzungsverträge in Deutschland Geltung erlangten, für die wohl auch ein größeres Bedürfnis bestand[1]).

Der Erbvertrag ist demnach als ein Institut des gemeinen Rechts zu bezeichnen, in dem er im Wege des Gewohnheitsrechts allgemeine Geltung erlangt hat[2]).

Der Erbvertrag ist ein Geschäft von Todeswegen[3]). Ein negotium mortis causa liegt nämlich vor, wenn die dadurch bezweckte Vermögensänderung nach der Anlage des Geschäfts selbst erst durch den Tod jemandes eine feste Bestimmung erhält. Dies ist bei dem Erbvertrage der Fall. Fraglich könnte sein, was für ein Recht durch den Erbvertrag begründet wird. Denn durch einen Vertrag kann nicht nur ein obligatorisches, sondern auch ein dingliches, ein familien- oder erbrechtliches Recht erzeugt werden. Was den Erbeinsetzungsvertrag betrifft, so ist

[1]) Maurenbrechen: Lehrbuch des heutigen Deutschen gemeinen Rechts § 560. — Stobbe cit. § 312. — Bluntschli cit. § 242. — Hasse cit. II S. 150.

[2]) Hasse cit. II § 167. — Dernburg cit. III § 126.

[3]) cf. Hasse cit. II S. 215 ff.

das durch ihn begründete Recht ein erbrechtliches. Dieses Recht ist aber nicht ein sofort wirksames, sondern nur ein bloßes Hoffnungsrecht, eine Anwartschaft auf die Beerbung [1]), die mehr oder weniger gesichert sein kann, je nachdem sie widerruflich ist oder nicht. Aus dem Umstande, daß dieses Recht nicht ein sofort wirksames ist, folgt, daß es nicht auf die Erben des Vertragserben übergehen kann, wenn dieser vor dem Erblasser stirbt. Es darf vielmehr nur dann auf die Erben übergehen, wenn dies der ausdrückliche Wille der Kontrahenten ist, also z. B. wenn diese die Erben dem Vertragserben substituirt haben, oder sich dies sonst mit Sicherheit aus dem Vertrage schließen läßt. Der Erbeinsetzungsvertrag hat demnach die Beerbung zum Gegenstande [2]), nicht aber das Vermögen des Erblassers selbst [3]).

Bei dem Vermächtnisvertrage dagegen erwirbt der Honorirte ein bloßes Hoffnungsrecht, eine Anwartschaft auf das Vermächtnis [4]).

Hervorzuheben ist, daß wenn in der folgenden Ausführung vom Erbvertrage gesprochen wird, dies sich auf den Erbeinsetzungs- und auch den Vermächtnisvertrag bezieht. Falls sich Abweichungen bezüglich des letzteren ergeben, werden dieselben besonders erwähnt werden.

Nach dem Tode des Erblassers wird der Bedachte entweder Erbe oder Vermächtnisnehmer. Seitens des Erben ist Antretung der Erbschaft erforderlich [5]). Eichhorn [6]) dagegen meint eine Antretung durch den Vertragserben sei deshalb nicht nötig, weil durch den Tod des Erblassers das Erbrecht des Vertragserben

---

[1]) Besseler: Erbverträge II, 1 S. 305 f. — Stobbe V S. 282.

[2]) cf. Gerber: System des deutschen Privatrechts § 304. — Windscheid cit. III § 568. — Stobbe cit. V § 311. — Koeppen cit. § 3. — Bluntschli cit. § 241.

[3]) cf. Eichhorn: Deutsches Privatrecht § 340. — Mittermaier cit. § 453.

[4]) Stobbe cit. V § 312. — Bluntschli cit. § 242. — Hasse cit. II S. 150.

[5]) cf. Gerber cit. § 305. — Windscheid cit. III § 594. — Bluntschli cit. § 241.

[6]) cit. § 344.

nicht erst erworben, sondern nur unbedingt werde. Diese Ansicht ist nicht richtig; denn der Vertragserbe erwirbt mit dem Abschluß des Erbvertrages nicht ein bedingtes Erbrecht, sondern, wie wir gesehen haben, ein bloßes Hoffnungsrecht auf die Beerbung, so daß das Erbrecht erst mit dem Tode des Erblassers entsteht.

Der Erbvertrag ist ein grundsätzlich unwiderrufliches, einheitliches Rechtsgeschäft. Er tritt als selbständiger Delationsgrund neben Gesetz und Testament. Diese Auffassung hat allerdings vielfach Gegner gefunden. Der hier vertretenen Ansicht, der sogenannten Vertragstheorie [1]) ist unter anderen Beseler, während Hartmann als Anhänger der sogenannten Testamentstheorie dagegen ist. Hartmann [2]) sieht den Erbvertrag nicht als ein einheitliches Geschäft an, meint vielmehr der Erbvertrag bestehe aus zwei Theilen, der Erbeinsetzung und dem vertragsmäßigen Verzicht auf den Widerruf. Die sogenannte vertragsmäßige Erbeinsetzung sei ein Begriff zweier, durchaus von einander unterschiedener Geschäfte, welche aber dadurch gleichsam zu einem organischen Ganzen verbunden würden, daß die Gültigkeit des einen, des vertragsmäßigen Verzichts, durch die des anderen bedingt sei. Jedes dieser beiden Geschäfte müsse also an sich unter seinen eigenen Regeln stehen, die Erbeinsetzung unter denen, welche für die Erbeinsetzung überhaupt gelten [3]), der Erbverzicht unter denen, welche teils aus seiner allgemeinen Vertragsnatur, teils aus seiner besonderen spezifischen Aufgabe sich ergeben.

Gegen diese Ansicht ist manches geltend zu machen. Zunächst spricht gegen Hartmann, wie Stobbe [4]) mit Recht ausführt, die historische Entwickelung. Denn nach Hartmann müßte sich der Erbvertrag aus dem Testament entwickelt haben, was aber, wie wir gesehen haben, nicht der Fall ist. Ein Zerreißen eines Vertrages in der Weise, wie Hartmann es tut,

---

[1]) weil nach ihr der der Erbvertrag ein einheitlicher Vertrag ist.
[2]) cf. S. 10.
[3]) also unter denen des Testaments.
[4]) cf. § 311.

unzulässig[1]). Ferner betrachtet er den Verzicht auf den Widerruf als notwendigen Inhalt, also als wesentlich beim Erbvertrage. Nun ist aber die Unwiderruflichkeit, wie später noch ausgeführt werden wird, durchaus nicht dem Erbvertrage wesentlich. Sie ist allerdings die Regel. Es können aber entweder nur der eine Kontragent oder beide Vertragsteile sich den Rücktritt vorbehalten. Auch schließen die Kontrahenten einen Vertrag über die Beerbung, nicht aber dahin, daß der eine auf den Widerruf verzichtet. Die Anhänger der Testamentstheorie halten auch deswegen den Erbvertrag für keinen eigentlichen Vertrag, weil er keine obligatio erzeugt. Nun ist aber der obligatorische nicht etwa die Grundform eines Vertrages, sondern nur eine Spezies desselben. Denn ein Vertrag ist die auf eine Rechtswirkung gerichtete übereinstimmende Willenserklärung zweier oder mehrerer einander gegenüberstehender Personen[2]). Was die übereinstimmende Willenserklärung erzeugt, kann außer der obligatio auch ein erbrechtliches Recht sein[3]). Die Gebundenheit tritt wie bei jedem anderen Vertrage durch die Annahme der Verfügung des einen Kontrahenten durch den anderen ein. Hartmann kommt[4]) in Ausführung seiner Ansicht zu dem falschen Resultat, daß der Erbvertrag einfach in das testamentarische Erbrecht gehöre und als ein neuer Delationsgrund nicht in Betracht komme. Die Vertragstheorie dagegen sieht in dem Erbvertrage mit Recht einen dritten Delationsgrund[5]).

Im Folgenden wird eine Darstellung der Arten des Inhalt eines Erbvertrages gegeben werden. Der einfachste Fall des Erbvertrages, abgesehen von dem Erbverzicht, ist der, daß der Erblasser seinen Mitkontrahenten zum Erben eingesetzt oder ihm ein Vermächtnis hinterläßt. Es kann aber auch vorkommen, daß beide Kontrahenten als Erblasser fungiren. Dann liegt

---

[1]) cf. auch Windscheid cit. III § 529 Anm. 3.

[2]) Engelmann: Bürgerliches Recht S. 97.

[3]) cf. auch Hasse cit. II S. 200.

[4]) cf. S. 12.

[5]) cf. Gerber cit. § 304 ff. — Dahn S. 294. — Stobbe cit. § 311. — Bluntschli cit. § 341. — Beseler cit. II, 1 S. 252. — Brinz cit. § 380.

ein gemeinschaftlicher Erbvertrag vor. Jeder trifft vertragsmäßige Verfügungen. Nötig ist dabei noch nicht, daß die Verfügungen gegenseitige sind. Sind sie dies aber, so ist ein gegenseitiger gemeinschaftlicher Erbvertrag vorhanden. Die Gegenseitigkeit kann darin bestehen, daß die Erblasser sich gegenseitig zu Erben einsetzen (gegenseitiger Erbeinsetzungsvertrag) oder sich einander Vermächtnisse zuwenden (gegenseitiger Vermächtnisvertrag) oder der eine Erblasser den anderen zum Erben einsetzt, dieser ihm aber ein Vermächtnis zuwendet. Gegenseitig ist aber hier nicht so aufzufassen wie im Obligationenrecht. Denn hier soll die eine Erbeinsetzung kein Äquivalent für die andere sein. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Erbverträge lukrativ[1]) sind. Hat jeder Erblasser seine vertragsmäßigen Verfügungen mit Rücksicht auf die des anderen getroffen, so kann man hier von einem korrespektiven Erbvertrage sprechen.

Es kann aber nicht nur der andere Kontrahent, sondern auch ein Dritter bedacht werden[2]). Er kann zum Erben eingesetzt werden oder ein Vermächtnis erhalten. Diese Erbverträge zu Gunsten Dritter werden analog den betreffenden obligatorischen Verträgen behandelt, so daß der Dritte, falls er dem Vertrage beitritt und dadurch Mitkontrahent wird, ebenfalls eine rechtliche Anwartschaft auf die Beerbung bezw. das Vermächtnis erwirbt. Ist er aber nicht Mitkontrahent, so steht er dem im Testament bedachten gleich. Die Vertragschließenden können in diesem Fall die zu seinen Gunsten getroffenen Verfügungen ohne seine Zustimmung im Wege des Vertrages ändern oder aufheben, auch wenn sie sich den Rücktritt nicht vorbehalten haben. Bei Rücktrittsvorbehalt kann natürlich jeder der Kontrahenten durch den Rücktritt die den Dritten betreffende Verfügung hinfällig machen, auch wenn dieser Mitkontrahent ist. Dieselben Regeln müßten angewendet werden, wenn lediglich der Dritte der Bedachte wäre, der Mitkontrahent also nichts

---

[1]) cf. Beseler cit. II, 1 S. 210 f. — Hellwig cit. S. 15.

[2]) cf. hierzu Beseler, Privatrecht § 137, Erbverträge II, 1 S. 76 ff, 231 f. — Stobbe cit. S. 610 ff. Hellwig cit. S. 610 ff.

erhielte. Die Geltung dieses sogen. dispositiven Erbvertrages ist jedoch im gemeinen Recht sehr in Frage gestellt[1]).

Der Vertragserbe ist trotz des Vertrages nicht verpflichtet, die Erbschaft anzunehmen[2]). Zum Erwerbe ist, wie schon erwähnt, Antretung erforderlich. Der Erbe kann die Erbschaft auch ausschlagen. Er darf aber die Erbschaft aus dem Vertrage nicht ausschlagen und als gesetzlicher Erbe deswegen annehmen wollen, um von den durch den Vertrag bestimmten Belastungen frei zu werden[3]).

Was den Erbvertrag in Eheverträgen betrifft, so wird derselbe nur dort besonders hervorgehoben werden, wo sich Abweichungen von den Erbverträgen überhaupt ergeben.

C. Vergleichende Darstellung des gemeinschaftlichen Testaments und des gemeinschaftlichen Erbvertrages.

I. Nach gemeinem Recht.

1. Allgemeines.

In der folgenden Erörterung kommt nur der Erbvertrag in Betracht, bei welchem beide Kontrahenten vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben, beide also Erblasser sind. Dieser Erbvertrag ist eigentlich die Verbindung zweier einseitiger Erbverträge, ein Umstand, der in der folgenden Erörterung nicht besonders hervorgehoben werden wird, da das, was hier vom Erbvertrage überhaupt gesagt wird, auch für diese Verbindung gilt, die eben der gemeinschaftliche Erbvertrag ist.

---

[1]) cf. Hellwig, S. 610. — Hartmann cit. S. 42. — Hasse cit. II S. 154. — Endemann: Einführung in das Studium des BGB. III. S. 250 Anm. 12.

[2]) cf. Stobbe cit. S. 292.

[3]) cf. Dahn S. 295. — Stobbe, cit. S. 292. — Beseler: Privatrecht § 138, Erbverträge II, 1 S. 276.

Wie aus der Einleitung ersichtlich ist, bleibt der Erbverzicht ganz außer Betracht, so daß also nur Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrag zur Erörterung kommen und zwar ganz besonders der erstere.

Beide Erblasser haben sich ferner den Rücktritt und zwar vom ganzen Vertrage vorbehalten. Dieser gemeinschaftliche Erbvertrag ist also frei widerruflich. Manche sind der Ansicht, daß der Erbvertrag nicht willkürlich widerruflich sein dürfe z. B. Hartmann[1]), Hasse[2]). Stobbe[3]) sagt ebenfalls, daß ein Rechtsgeschäft, welches sich Erbvertrag nenne, aber beiden Kontrahenten das Recht des einseitigen Widerrufs vorbehalte, kein Erbvertrag, sondern ein Testament sei. Auf demselben Standpunkt steht auch das ALR.[4]). Diesem Standpunkt kann nicht beigepflichtet werden[5]). Der Erbvertrag ist seiner Natur nach ein Vertrag. Der Vorbehalt des Rücktritts widerspricht aber dem Wesen des Vertrages nicht. Es wird durch den Vorbehalt die dem Vertrage innewohnende Bindung nicht etwa ausgeschlossen. Vielmehr tritt die Bindung der Kontrahenten auch bei einem gemeinschaftlichen Erbvertrage mit Rücktrittsvorbehalt schon mit Abschluß des Vertrages ein. Der Vorbehalt bewirkt nur, daß diese Bindung wieder beseitigt werden kann. Dies geschieht durch Ausübung des Rücktrittsrechts. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt die Bindung bestehen. Hat sich keiner der Erblasser des Rücktrittsrechts bedient, so steht der hier in Betracht kommende Erbvertrag jedem anderen gemeinschaftlichen gleich. Das gegenseitig vorbehaltene Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des einen Kontrahenten.

Das gemeinschaftliche Testament und der gemeinschaftliche Erbvertrag treten als Arten der gewillkürten Erbfolge der gesetzlichen gegenüber. Diese beiden Rechtsgeschäfte, besonders wenn man das korrespektive Testament und den Rücktrittsvorbehalt ins Auge faßt, erscheinen auf den ersten Blick

[1]) cit. S. 9 ff.
[2]) cit. II S. 205.
[3]) cit. § 311.
[4]) I, 12 § 635.
[5]) cf. auch Maurenbrecher cit. § 565, Beseler Privatrecht § 138.

als etwas Gleiches, doch bestehen neben den zahlreichenden übereinstimmenden Punkten so viele Abweichungen, daß diese beiden Rechtsgeschäfte nicht nach denselben Grundsätzen behandelt werden dürfen.

2. Das Wesen.

Einer der wichtigsten Unterschiede besteht in dem Wesen der beiden Rechtsinstitute. Das gemeinschaftliche Testament ist nämlich eine Verbindung von mehreren einseitigen, letztwilligen Verfügungen mehrerer, hier zweier Erblasser. Jeder der beiden Erblasser ist hier nur Verfügender. Eine Annahme der Verfügung des einen seitens des anderen Erblassers ist nicht nur nicht nötig, sondern sogar ausgeschlossen, denn sonst wird das Testament zum Erbvertrag. Wenn auch beide Testatoren sich vorher besprochen haben, so liegt noch kein Vertrag vor. Der gemeinschaftliche Erbvertrag dagegen ist seiner Natur nach ein zweiseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen, ein Vertrag. Jeder Erblasser ist hier zugleich Verfügender und Acceptant. Denn die Verfügungen sind, soweit sie Inhalt des Vertrages sind, empfangsbedürftige Willenserklärungen. Jeder muß dem anderen seine Verfügung anbieten und die des anderen annehmen. Während also beim gemeinschaftlichen Testament jede Verfügung der Erblasser schon selbständig besteht, sobald sie nur von ihm in der richtigen Form erklärt ist, muß bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage noch die Annahme seitens des anderen Erblassers hinzukommen, damit das Rechtsgeschäft perfekt ist, ein Vertrag vorliegt. Es muß also wie bei jedem anderen Vertrage Vertragsantrag und Annahme vorhanden sein, es ist eine Einigung erforderlich. Man kann nun nicht behaupten, daß bei den korrespektiven Testamenten eine vertragsmäßige Einigung anzunehmen sei. Das vorhergehende Besprechen der Erblasser ist noch keine Einigung, wie sie zum Vertrage nötig ist. Da bei den korrespektiven Testamenten der Bestand der Verfügungen des einen Erblassers abhängig ist von dem Bestehenbleiben der des anderen, so ist wie Planck[1]) sagt, zwischen korrespektiven Testamenten und Erbverträgen

[1]) cf. Kom. V. S. 491.

eine gewisse innere Verwandtschaft vorhanden. Deswegen sind sie aber noch nicht gleich. Falsch ist es anzunehmen, daß, wenn der Überlebende die Erbschaft des Zuerstverstorbenen annimmt, die Gebundenheit an seine Verfügungen eine vertragsmäßige sei. Dieses Gebundensein tritt unleugbar ein und muß eintreten, doch ist es, wie bereits ausgeführt worden ist, kein vertragsmäßiges [1]). Ist bei der Errichtung keine vertragsmäßige Einigung vorhanden gewesen, so kann eine solche auch später nicht von selbst eintreten. Demnach bleibt auch das korrespektive Testament seiner Natur nach nur eine Verbindung mehrerer einseitiger, selbständiger Verfügungen von Todes wegen.

Erwähnt werden möchte auch, daß der freie Widerruf bei dem gemeinschaftlichen Testament etwas diesem Wesentliches ist, also nicht fortgedacht werden kann. Dagegen ist der Rücktrittsvorbehalt bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage, im gewissen Sinne dem Widerruf entsprechend, immer die Ausnahme, während die Unwiderruflichkeit wohl die Regel ist. Bei dem gemeinschaftlichen Testament ist der freie Widerruf ohne irgend welche Tätigkeit der Testatoren da, der Rücktritt aber muß bei dem Erbvertrage besonders ausbedungen sein. Aus allen diesen Punkten geht demnach hervor, daß die beiden Rechtsgeschäfte ihrem Wesen nach etwas ganz anderes sind.

3. Zulässigkeit und Errichtungsfähigkeit.

Ebenso wie das gemeinschaftliche Testament an und für sich nach gemeinem Recht allen Personen zugänglich ist, ist auch der gemeinschaftliche Erbvertrag nicht auf eine bestimmte Kategorie von Personen beschränkt. Er hat mit dem gemeinschaftlichen Testament ferner den Umstand gemeinsam, daß auch er seine Hauptanwendung bei Ehegatten findet [2]). Ähnlich wie bei dem gemeinschaftlichen Testament haben auch hier die Partikularrechte manche Einschränkungen gemacht. Das ALR. [3])

[1]) cf. S. 21 f.

[2]) cf. Gerber cit. § 308. — Maurenbrecher cit. § 568. — Stobbe S. 285 f.

[3]) I, 12 §§ 617 ff.

und das sächsische BGB.[1]) lassen den Erbvertrag allgemein zu. Der Code civil[2]) gestattet ihn nur in einem Ehevertrage, das österreichische Gesetzbuch[3]) nur den Ehegatten.

Wenn auch die beiden Rechtsgeschäfte an sich allgemein zulässig sind, so ist doch noch nicht jeder fähig, ein gemeinschaftliches Testament oder einen gemeinschaftlichen Erbvertrag zu errichten.

Bei dem gemeinschaftlichen Testament kommen die allgemeinen Rechtssätze über die Testirfähigkeit[4]) in Betracht. Ein gemeinschaftliches Testament können demnach nur solche Personen errichten, welche mündig sind. Frauen müssen mindestens 12, Männer 14 Jahre alt sein. Dies ist unbedingte Voraussetzung. Gewaltuntergebene können nur über die bona castrensia und quasicastrensia gültig testiren, dagegen nicht über die adventicia, auch nicht mit Zustimmung des Gewalthabers. Sind sie gewaltfrei, so haben sie die Testirfähigkeit hinsichtlich aller Güter, vorausgesetzt daß sie mündig sind, auch ohne Zustimmung des Vormundes.

Anders verhält sich dies bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage. Da beide Kontrahenten als Erblasser fungiren, so müssen beide die Testir- und die Vertragsfähigkeit besitzen[5]). Die Testirfähigkeit ist deswegen nötig, weil die Erblasser Erbeinsetzungen oder Zuwendungen von Vermächtnissen vornehmen, also Verfügungen treffen, die ursprünglich nur Gegenstand der Testamente gewesen sind. Die Vertragsfähigkeit deckt sich hier mit der unbeschränkten Handlungsfähigkeit. Diese Fähigkeit erlangt man mit 25, seit dem sogen. Reichspersonenstandsgesetz von 1875 bereits mit 21 Jahren. Voll geschäftsfähig wird man aber auch durch Großjährigkeitserklärung, wozu bei Männern ein Alter von 20 Jahren, bei Frauen ein

[1]) §§ 2003, 2542.
[2]) §§ 1082 f. 1093.
[3]) §§ 602, 1249.
[4]) cf. hierzu Dernburg cit. III. § 67.
[5]) cf. Gerber cit. § 305. — Eichhorn cit. § 342. — Stobbe cit V S. 284. — Beseler: Privatrecht § 137, Erbverträge II, 1 S. 254. — Bluntschli cit. § 241.

ein solches von 18 Jahren erforderlich ist. Minderjährige können daher in der Regel einen Erbvertrag nicht schließen[1]) mit Ausnahme der Ehegatten, denen gestattet ist, auch wenn sie noch nicht voll geschäftsfähig sind, in einem Ehevertrage einen Erbvertrag zu schließen[2]). Eine Stellvertretung kann, da beide Kontrahenten Erblasser sind, nicht zugelassen werden[3]).

Während man also mit 12 bezw. 14 Jahren ein gemeinschaftliches Testament errichten kann, kann man einen gemeinschaftlichen Erbvertrag erst schließen, wenn man großjährig oder für großjährig erklärt ist. Die Folge dieser Rechtssätze wäre ferner die, daß ein Haussohn, obwohl er großjährig ist, über bona adventicia keinen Erbvertrag schließen könnte, da er bezüglich dieser kein Testament errichten kann. Doch hätte man aus Billigkeitsgründen auch einem Haussohn gestatten können, über adventicia allerdings mit Zustimmung des Vaters einen gültigen Erbvertrag zu schließen, vorausgesetzt daß der Haussohn großjährig ist[4]).

Im übrigen stehen sich gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag, was die Errichtungsfähigkeit anbelangt, gleich, so daß also Wahnsinnige und wegen Verschwendung Entmündigte, abgesehen von lichten Augenblicken, keines der beiden Rechtsgeschäfte errichten können[5]). Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht halten manche[6]) mit Unrecht für die Schließung eines gemeinschaftlichen Erbvertrages bloße Vertragsfähigkeit für ausreichend, so daß nach dieser Ansicht die Erblasser nicht testamentsfähig zu sein brauchen. Ist einer der Kontrahenten zugleich Vertragserbe, so muß er außerdem noch successionsfähig sein[7]). Doch schadet es dem Vertrags- wie dem Testamentserben nicht, wenn er von der

[1]) cf. Dernburg cit. III § 126, dagegen Beseler: Privatrecht § 137. — Mittermaier cit. § 455.

[2]) cf. Stobbe cit. S. 285.

[3]) cf. Stobbe cit. S. 284.

[4]) cf. Beseler: Erbverträge II, 1 S. 255 f., dagegen Stobbe cit. S. 284 f.

[5]) cf. Dernburg cit. III, § 67.

[6]) cf. Dernburg cit. § 126. — Maurenbrecher § 561.

[7]) cf. Stobbe cit. S. 284. — Beseler: Erbverträge II, 1 S. 256.

Errichtung an bis zur Zeit des Anfalls, erbunfähig ist. Denn in beiden Fällen kommt es nur auf den Anfall an[1]).

Der ALR.[2]) verlangt ebenfalls Vertrags- und Testirfähigkeit.

4. Form, Verwahrung und Eröffnung.

Was die Form der beiden Rechtsgeschäfte anbelangt, so sind sie darin sehr verschieden und zwar kommt dies daher, weil für das gemeinschaftliche Testament die feierliche Form aus dem römischen Recht übernommen worden ist, die Erbverträge dagegen wie alle Verträge im gemeinen Recht formlos sind[3]). Wie die Theorie so hat sich auch die Praxis für die Formlosigkeit der Erbverträge im gemeinen Recht entschieden[4]). Es kann aber nicht geleugnet werden, daß in der Formlosigkeit eine große Unbilligkeit liegt. Denn für die widerruflichen Testamente wird die feierliche Form verlangt, während der grundsätzlich unwiderrufliche Erbvertrag formlos ist. Deswegen haben sich auch viele, die zwar anerkennen, daß gemeinrechtlich der Erbvertrag an keine Form gebunden ist, dahin ausgesprochen, daß für den Erbvertrag eher noch eine strengere Form als wie für das gemeinschaftliche Testament verlangt werden müßte, eine Forderung, der im BGB. Rechnung getragen ist. Manche aber halten einen Erbvertrag für ungültig, wenn er nicht in einer bestimmten Form abgeschlossen ist. Stobbe[5]) verlangt für ihn die Testamentsform, wenn nicht partikularrechtlich eine besondere Form vorgeschrieben ist. Eichhorn[6]) begnügt sich mit der bloßen Schriftlichkeit. Hartmann[7])

[1]) Dernburg cit. III, § 59.

[2]) I, 12 § 618; cf. Sächsische BGB. § 2545, Österreichisches Gesetzbuch § 1250, Code civil §§ 1095, 1309, 1398.

[3]) Beseler: Erbvertrage II, 1 § 9, Privatrecht § 137. — Mittermaier cit. II § 452. — Thudichum cit. § 73. — Maurenbrecher § 561. — Gerber cit. § 305. — Dahn cit. S. 292. — Göz cit. S. 155. — Bluntschli § 241. — Dernburg cit. § 126. — Windscheid cit. § 540.

[4]) cf. R. G. E. Bd. 8 No. 33; Bd. 11 No. 44. — Seuffert Bd. 45 No. 257.

[5]) cit. S. 287.

[6]) cit. § 342.

[7]) cit. S. 47 ff.

schließt sich entsprechend seiner Auffassung vom Erbvertrage Stobbe an.

Die Partikularrechte fordern fast durchweg eine besondere Form, so das ALR.[1]) und das sächsische BGB.[2]) die Form des gerichtlichen Testaments, das österreichische Gesetzbuch[3]) Schriftlichkeit und alle Erfordernisse eines schriftlichen Testaments.

Da der Ehevertrag nach gemeinem Recht ebenfalls formlos ist[4]) und der darin enthaltene gemeinschaftliche Erbvertrag dem Hauptvertrage folgt, so bedarf es für jenen auch keiner besonderen Form.

Dagegen ist für das gemeinschaftliche Testament die feierliche Testamentsform vorgeschrieben, nur kommen wegen der Verbindung zweier Testamente einige Besonderheiten vor.

Ein gemeinschaftliches Testament[5]) kann in den ordentlichen und außerordentlichen Formen[6]) errichtet werden. Es brauchen dabei aber die Solennitäten nur einmal vorgenommen zu werden[7]). Bei den ordentlichen Formen ist zu unterscheiden privates und öffentliches Testament. Das Privattestament kann ein mündliches oder schriftliches sein. Die nötigen sieben Zeugen, männlichen Geschlechts, müssen von jedem der beiden Erblasser besonders zur Zeugnisabgabe aufgefordert sein. Beim mündlichen Testament müssen beide Erblasser deutlich ihren Willen vor den Zeugen erklären. Bei dem schriftlichen legen beide Testatoren den Zeugen eine Urkunde vor und erklären, daß dieselbe ihren letzten Willen enthalte. Die Erklärungen brauchen nicht getrennt von einander sein, sondern sie können auch durcheinander wechseln[8]). Natürlich muß immer ersicht-

[1]) I, 12 § 621.

[2]) § 2546.

[3]) § 1249.

[4]) Beseler: Erbverträge II, 2 S. 128.

[5]) Sintenis cit. III § 178. — Glück cit. Bd. 35 S. 50 ff. — Alffers: Das gemeinschaftliche Testament nach gemeinem und dem Recht des BGB. S. 13 ff.

[6]) cf. Dernburg cit. §§ 70—73.

[7]) Koeppen cit. S. 252. — Beseler: Privatrecht § 142. — Mühlenbruch cit. Bd. 38 S. 214 ff. — Stobbe cit. § 307. — Dahn cit. S. 308 ff. — Mittermaier cit. § 462. — Heinzerling cit. § 2.

[8]) cf. Sintenis cit. § 178.

lich sein, wessen Verfügungen die einzelnen sind. Haben die Erblasser die Urkunde nicht selbst geschrieben, so müssen sie dieselben vor den Zeugen unterschreiben. Die Urkunde braucht von den Zeugen nur einmal untersiegelt und unterschrieben zu werden[1]). Diese müssen aber dabei vermerken, daß sie im Namen beider Erblasser, als von ihnen hierzu besonders erbetene Zeugen unterschrieben und untersiegelt haben. Jeder Testator muß seine Verfügung vollständig zum Ausdruck bringen. Es genügt nicht, wenn der eine die letztwilligen Verfügungen des anderen mit der Bemerkung unterschreibt, daß dieselben auch als die Seinigen gelten sollen.

Das öffentliche, gerichtliche Testament kann ebenfalls in zwei Arten errichtet werden. Entweder erklären beide Erblasser vor Gericht ihren letzten Willen zu Protokoll, oder sie übergeben eine offene oder geschlossene Urkunde mit der Erklärung, daß dieselbe ihren letzten Willen enthalte. Darüber wird ein Protokoll aufgenommen.

Für die gemeinschaftlichen Testamente kommen auch die außerordentlichen Formen in Betracht. Die für das Testament eines Blinden, für testamentum ruri und tempore pestis conditum geltenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung[2]).

Auch Soldaten können ein gemeinschaftliches Testament errichten. Formlos war dies nach der Notariatsordnung Maximilians I. von 1512 aber nur noch während der Schlacht. Sonst mußten zwei Zeugen hinzugezogen werden.

Ein schriftlich errichtetes gemeinschaftliches Privattestament kann wie ein einfaches in amtliche Verwahrung gegeben werden[3]). Ein gerichtliches gemeinschaftliches Testament aber wird gewöhnlich amtlich aufbewahrt werden; notwendig ist es jedoch nicht. Es fragt sich nun, wer zur Zurücknahme befugt ist. Es ist aus Billigkeitsrücksichten anzunehmen, daß die Testatoren nur gemeinschaftlich dazu berechtigt sind. Durch die

[1]) Glück cit. Bd. 35 S. 60f.

[2]) cf. hierzu Dernburg III § 72.

[3]) Mühlenbruch cit. Bd. 38 S. 302 ff. — Windscheid cit. § 545. — Engelmann cit. § 290.

Zurücknahme des gemeinschaftlichen Testaments wird aber dasselbe als solches nicht etwa aufgehoben, sondern es bleibt gültig, da für die Gültigkeit des Testaments die Verwahrung desselben ohne jeden Einfluß ist.

Im engen Zusammenhange mit der Form und der Verwahrung steht auch die Eröffnung der gemeinschaftlichen Testamente. Gemeinrechtlich ist eine Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments ebensowenig nötig wie die eines anderen[1]). Es hängt die Gültigkeit nicht etwa von einer Eröffnung ab. Die Eröffnung ist aber gebräuchlich und die Regel dort, wo es in amtliche Verwahrung genommen war. Sie muß erfolgen, wenn einer der Erblasser sie angeordnet hat. Die Verkündung erstreckt sich nur auf den Willen des Verstorbenen, so daß das Testament des Überlebenden, soweit es sich von dem des Verstorbenen trennen läßt, unverkündet bleibt. Das Testament wird wieder in amtliche Verwahrung genommen. Die Bestimmung in D III, 10 l. 1 § 5[2]), welche die Eröffnung des Testaments eines Lebenden verbot, kann hier deswegen nicht in Betracht kommen, weil dieselbe nur für das Einzeltestament getroffen war.

Eine amtliche Verwahrung oder eine gerichtliche Eröffnung eines gemeinschaftlichen Erbvertrages wird wohl bei der Formlosigkeit desselben selten vorkommen.

5. Inhalt.

Was den Inhalt der beiden Rechtsgeschäfte betrifft, so zeigt sich, daß hinsichtlich desselben das gemeinschaftliche Testament weiter geht als der gemeinschaftliche Erbvertrag. Der Inhalt eines Testaments[3]) kann jede letztwillige Verfügung sein. Notwendiger Inhalt ist immer die Erbeinsetzung; denn im gemeinen Recht ist Testament diejenige letztwillige Verfügung, in welcher die Ernennung eines Erben enthalten ist. Die Erbeinsetzung ist also dem Testament begrifflich wesentlich. Ferner können im Testament enthalten sein Enterbungen, Ver-

[1]) Windscheid cit. § 567.
[2]) cf. Alffers cit. S. 17.
[3]) cf. Windscheid cit. § 538. — Dernburg cit. § 66.

mächtnisse, Auflagen, Anordnungen von Vormundschaften, Pflegeschaften u. s. w.

Bedeutend enger begrenzt ist der Inhalt des gemeinschaftlichen Erbvertrages. Erbeinsetzung ist hier, wie wir gesehen haben, nicht nötig, da ja auch ein Vermächtnis alleiniger Inhalt eines Erbvertrages sein kann. Man muß jedoch unterscheiden zwischen vertragsmäßigen und anderen Verfügungen. Vertragsmäßige Verfügungen sind Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und auch Erbverzichte[1]). Nur diese können zum Gegenstand des Erbvertrages gemacht werden. Es könnte jedoch auch der Vertragserbe mit einer Auflage beschwert werden. Doch werden Erbverträge, in denen der Erblasser seinen Mitkontrahenten oder die Erblasser sich gegenseitig nur mit einer Auflage beschweren, im gemeinen Recht nirgends erwähnt. Mindestens eine solche vertragsmäßige Verfügung muß aber in jedem Erbvertrage enthalten sein, damit ein Erbvertrag vorliegt. Bei einem gemeinschaftlichen Erbvertrage muß jeder Erblasser eine derartige Verfügung treffen. Die Frage, ob sonstige Verfügungen, wie Anordnung von Vormundschaften, einseitig in einem gemeinschaftlichen Erbvertrage getroffen werden können, ist mit Rücksicht auf die Formlosigkeit und die Wichtigkeit solcher Verfügungen zu verneinen. Ebenso kann nicht angenommen werden, daß im gemeinschaftlichen Erbvertrage Enterbungen als Vertragsinhalt oder Pupillarsubstitutionen enthalten sein dürfen[2]).

6. Befristung und Bedingung.

Verschiedenartig sind die Ansichten in der Literatur über die Frage gewesen, in welcher Weise die Befristung und die Bedingungen bei Erbverträgen zu behandeln sind. Es kann nämlich zweifelhaft sein, ob dieselben Grundsätze wie beim (gemeinschaftlichen) Testament zur Anwendung kommen, oder ob die Bedingungen bei dem Erbvertrage und demgemäß auch

[1]) Beseler: Erbverträge II, 1 S. 215 ff., Privatrecht § 137. — Stobbe cit. § 311.

[2]) Beseler: Erbverträge II, 1 S. 301 u. 304, Privatrecht § 139. — Dahn cit. S. 297 f. — Dagegen läßt Stobbe (V S. 289) auch eine Enterbung im Erbvertrage zu.

bei dem gemeinschaftlichen ebenso zu behandeln sind wie bei den Verträgen überhaupt. Für die erstere Ansicht haben sich unter anderen Stobbe[1]) Windscheid[2]), und auch das ALR.[3]), für die zweite Dernburg[4]), Maurenbrecher[5]), Mittermaier[6]) und das österreichische Gesetzbuch[7]) ausgesprochen.

Nach Stobbe stimmen also gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag hierin vollständig überein. Nach der Ansicht Dernburgs ergeben sich dagegen sowohl Abweichungen wie übereinstimmende Punkte. Beim Testament[8]) nämlich wird die Hinzufügung eines dies ad quem oder einer auflösenden Bedingung als nicht hinzugesetzt angesehen, weil es dem Satz: semel heres semper heres[9]) widersprechen würde. Wer also einmal Erbe ist, bleibt auch Erbe. Bei den Verträgen, daher nach der Ansicht Dernburgs auch bei den gemeinschaftlichen Erbverträgen, machen ein dies ad quem und eine auflösende Bedingung den Vertrag zwar nicht ungültig, aber auch die Bedingung wie die Terminsbestimmung bleiben wirksam. Eine Suspensivbedingung kann dagegen einer testamentarischen Erbeinsetzung hinzugefügt werden. Bis zum Eintritt der Bedingung ist niemand Erbe. Doch kann den unter einer Suspensivbedingung Eingesetzten die Erbschaft gegen Sicherheitsleistung ausgeantwortet werden. Die dem Vertrage, also auch dem Erbvertrage hinzugesetzte Suspensivbedingung schiebt ebenfalls die Rechtswirkung bis zum Eintritt der Bedingung hinaus. Ist die testamentarische Erbeinsetzung unter einer unmöglichen oder unsittlichen Bedingung erfolgt, so gilt sie als unbedingte, während ein Vertrag durch eine solche Bedingung selbst nichtig wird.

Hier kann weder der einen noch der anderen Ansicht bei-

[1]) cit. § 311.
[2]) cit. § 564 Anm. 17a. [3]) I, 12 § 647.
[4]) cit. § 126.
[5]) cit. § 561.
[6]) cit. II § 454.
[7]) § 1251.
[8]) cf. auch Dernburg cit. § 82.
[9]) D XXVIII 5, 1 89.

gestimmt werden. Vielmehr wird die Ansicht Beselers[1]), eine Mittelmeinung, als die richtige angesehen[2]). Was zunächst den dies ad quem und die auflösende Bedingung anbelangt, so hängt der Umstand, daß sie bei der testamentarischen Erbeinsetzung als nicht hinzugefügt gelten, nicht mit der Form des Geschäfts zusammen, sondern mit der Regel: semel heres semper heres, welche überhaupt für eine Erbeinsetzung, also auch für die vertragsmäßige Geltung hat. Dem Erwerb der Erbschaft, so führt Beseler aus, stehe nichts entgegen, aber die Bedingung könne wegen eines sie beherrschenden Princips nicht in Wirksamkeit kommen, so daß es also nicht darauf ankomme, ob ein Vertrag oder eine einseitige Verfügung sie auferlegt habe. Für die moralisch unmöglichen und die affirmativ physisch unmöglichen müßten die Grundsätze der Vertragslehre auch bei den Erbeinsetzungsverträgen eintreten, weil derjenige, der dazu beitrage, durch seinen Konsens ein Geschäft contra bonos mores zu machen, nicht verdiene, aus demselben einen Vorteil zu ziehen. Ebenso habe derjenige, der durch Vertrag die Erfüllung einer unmöglichen Bedingung übernehme, es sich selbst zuzuschreiben, wenn das Geschäft dadurch für ihn verloren gehe.

Bei dieser Auffassung herrscht also bezüglich des dies ad quem, der Resolutiv- und Suspensivbedingung zwischen gemeinschaftlichem Testament und gemeinschaftlichem Erbeinsetzungsvertrage Übereinstimmung, nicht aber hinsichtlich der unmöglichen und unsittlichen Bedingungen.

Dagegen muß man wohl annehmen, daß die reinen Vermächtnisverträge bezüglich dieser Punkte ganz nach Vertragsrecht behandelt werden müssen, da für sie die oben bei der Erbeinsetzung angeführten Gründe nicht maßgebend sein können.

7. Korrespektivität.

Was ferner die Korrespektivität anbetrifft, so stehen sich darin gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag nicht völlig gleich. Korrespektive Verfügungen können

[1]) Erbverträge II, 1 S. 268-270.

[2]) cf. auch Gerber cit. § 307. — Dahn cit. S. 298, 301.

bei beiden Rechtsgeschäften vorkommen. Während aber bei dem gemeinschaftlichen Testament die Korrespektivität mangels einer besonderen Bestimmung nicht zu vermuten, sondern, wie früher ausgeführt worden ist, höchstens aus den Verfügungen der Erblasser zu schließen, also immer quaestio facti ist, besteht bei allen gemeinschaftlichen Erbverträgen die Vermutung, daß sie korrespektiv sind und zwar ihrem ganzen Inhalte nach[1]). Bei dem gemeinschaftlichen Testament hat daher die Aufhebung einer korrespektiven Verfügung meistens nur die Unwirksamkeit der entsprechenden, eventuell des ganzen Testaments zur Folge, falls nämlich das ganze Testament korrespektiv ist. Dagegen macht bei dem gegenseitigen gemeinschaftlichen Erbvertrage die Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung im Zweifel den ganzen Vertrag hinfällig[2]).

8. Einfluss auf Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen.

Wie schon erwähnt worden ist, hat auch beim korrespektiven Testament, bei dem allein es fraglich sein kann, der Überlebende das Recht, völlig frei über das Vermögen unter Lebenden zu verfügen. Ebenso steht es bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage, wenn sich die Erblasser gegenseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt haben, daß das Vermögen nach dem Tode des Überlebenden an Dritte fallen soll, weil die Dritten immer nur direkte Erben des Überlebenden sind. Daß die Erblasser bei beiden Rechtsgeschäften zu ihren Lebzeiten freies Verfügungsrecht inter vivos haben, braucht nicht erst erörtert zu werden[3]). Was aber die Unwirksamkeit dieser Verfügungen inter vivos gegenüber dem Erben anbelangt, so stehen sich Vertrags- und Testamentserbe darin nicht gleich. Denn dem Testamentserben ist kein Rechtsmittel gegeben,

[1]) cf. Beseler: Privatrecht § 137. — Schiffner: Der Erbvertrag nach dem BGB. in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß von Fischer Bd. IV § 9.

[2]) cf. auch Förster cit. § 247 V.

[3]) cf. auch ALR. I, 12 § 624, Österreichische GB. § 1252, sächsisches BGB. § 2548.

Verfügungen des Erblassers anzufechten, die in der Absicht getroffen sind, den Erben zu schädigen. Der Erblasser kann hier dem Erben durch Verfügungen inter vivos alles entziehen. Ein gewisser Zwang wird bei denjenigen gemeinschaftlichen Testamenten ausgeübt werden, bei denen die Erblasser sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, oder die Erbeinsetzungen überhaupt korrespektiv sind, da dann derjenige, der ohne Rücksicht auf den Erben sein Vermögen verschwendet, doch immer den Widerruf des anderen Testaments durch den andern Erblasser infolge seiner Handlungsweise zu befürchten hat. Der Vertragserbe dagegen hat, sofern er Kontrahent ist, unter gewissen Voraussetzungen ein Rechtsmittel zur Verfügung[1]). Wenn auch der durch Vertrag zum Erben Eingesetzte ein durch die bona fides begründetes Recht darauf hat, daß ihm sein Erbteil ungeschmälert überantwortet werde, so hat er doch zu Lebzeiten des Erblassers kein Mittel, um etwaige Verfügungen des Erblassers, die ihm unbequem sind oder gar seine Anwartschaft auf die Beerbung erheblich beeinträchtigen oder aufheben, zu verhindern oder rückgängig zu machen. Noch ist der Erblasser freier Herr seines Vermögens. Sobald aber der im Erbvertrage Eingesetzte Erbe geworden ist, kann er diejenigen Verfügungen anfechten, welche der Erblasser in der Absicht getroffen hat, den Erben zu schädigen, also dolos gehandelt hat[2]). Aber auch nur diese Verfügungen unterliegen dem Anfechtungsrecht. Es wird bei jeder einzelnen angefochtenen Verfügung zu untersuchen sein, ob Dolus vorliegt oder nicht. Hauptsächlich werden dolose Schenkungen in Betracht kommen, da bei den anderen, den entgeltlichen Verfügungen, immer ein gewisser Ersatz in das Vermögen des Erblassers fällt. Als dolos wird z. B. immer die Schenkung des ganzen Vermögens

---

[1]) cf. besonders Beseler: Erbverträge II, 1 S. 257 ff. aber auch Privatrecht § 138. — Gerber cit. § 306. — Dahn cit. S. 297 f. — Maurenbrecher cit. § 562. — Bluntschli cit. § 241. — Stobbe cit. V. § 311 Nr. 7.

[2]) cf. Gerber cit. § 306. — Maurenbrecher cit. § 562. — Bluntschli cit. § 241.

aufzufassen sein. Das Anfechtungsrecht ist aber nicht auf die Schenkungen beschränkt[1][2]).

Bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage mit Rücktrittsvorbehalt, in dem sich die Erblasser zu Erben eingesetzt haben, ist es ähnlich wie bei dem gemeinschaftlichen Testament. Auch hier wird sich jeder Erblasser hüten, sein Vermögen zu verschwenden, da er zunächst nicht weiß, wer Erbe wird, und ihm außerdem der Rücktritt des anderen drohen kann. Das Anfechtungsrecht wegen dolus wird bei diesem Erbvertrage deswegen weniger ausgeübt werden, als bei anderen, weil jeder Erblasser wohl eher von dem Rücktrittsrecht noch zu Lebzeiten Gebrauch machen wird, als sich nach dem Tode des anderen des etwas beschwerten Anfechtungsrechts zu bedienen.

Bei dem Vermächtnisvertrage steht dem Bedachten ein Anfechtungsrecht nicht zu. Er kann nur den Wert verlangen, wenn der vermachte Gegenstand im Nachlaß nicht vorhanden ist[3]).

Ist ein Dritter, ohne Mitkontrahent zu sein, in einem gemeinschaftlichen Erbvertrage zum Erben eingesetzt, so steht ihm das Anfechtungsrecht nur zu, wenn er mit Einwilligung der Kontrahenten dem Erbvertrage beigetreten ist. Ist dies nicht der Fall, so steht er dem Testamentserben gleich[4]).

Wie die Erblasser bei beiden Rechtsgeschäften in der Verfügungsfreiheit unter Lebenden unbeschränkt sind, so können sie auch an sich Verfügungen von Todes wegen nach dem gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrage treffen. Die Frage aber, ob diese neuen Verfügungen gültig sind, und ob sie die früheren hinfällig machen oder nicht, ist bei den beiden Rechtsgeschäften verschieden zu beantworten. In Betracht gezogen werden wird auch die Frage, welchen Einfluß ein jedes dieser beiden Rechtsgeschäfte auf vorhergetroffene Verfügungen von Todes wegen ausübt. Bei den gemeinschaftlichen Testamenten kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung wie bei den einfachen.

---

[1]) cf. auch RGE. Bd. 38 Nr. 40; Bd. 41 Nr. 48.

[2]) Ein ähnliches Rechtsmittel gewährt das ALR. (I, 12 §§ 624 ff.) dem Erben; cf. auch Förster cit. S. 329 f.

[3]) cf. Stobbe cit. § 312.

[4]) cf. S. 34 und die unter 2 Angeführten.

Wenn einer der Testatoren vor dem gemeinschaftlichen bereits ein Testament errichtet hat[1]), so wird es durch das gemeinschaftliche völlig aufgehoben. Ebenso wird das gemeinschaftliche Testament durch ein nachfolgendes, gleichviel ob einseitiges oder gemeinschaftliches, beseitigt. Hat dagegen einer der Erblasser vor dem gemeinschaftlichen Erbvertrage ein Testament, sei es ein einfaches oder gemeinschaftliches, errichtet, so wird dieses nur dann aufgehoben, wenn der gemeinschaftliche Erbvertrag die für das Testament oder für den Widerruf eines solchen erforderliche Form hat[2]). Sonst bleibt es bestehen, und der gemeinschaftliche Erbvertrag ist unwirksam. Vorausgesetzt ist dabei aber, daß der Erbvertrag dem Testament entgegensteht. Soweit er die Bestimmungen des Testaments nicht berührt, ist er gültig. Ein nach dem gemeinschaftlichen Erbvertrage errichtetes gemeinschaftliches oder einfaches Testament macht denselben keineswegs unwirksam. Dieser bleibt bestehen, aber auch das Testament kann neben dem Erbvertrage gültig sein, und zwar soweit, als er die durch den Erbvertrag begründete Anwartschaft nicht verletzt[3]). Denn das Recht des Vertragserben kann auch nicht durch Verfügungen von Todes wegen beeinträchtigt werden[4]). Soweit also ein nachfolgendes Testament dies tut, ist es selbst unwirksam. Daraus folgt auch, daß, wenn nach dem gemeinschaftlichen Erbvertrage noch ein solcher errichtet wird, dieser entweder gültig ist, wenn die Kontrahenten des neuen Vertrages die Erblasser des ersten sind, also der erste durch Vertrag der Kontrahenten wieder aufgehoben wird[5]), oder daß der neue, falls eine Aufhebung nicht erfolgen soll oder deswegen nicht bewirkt wird, weil die Kontrahenten des zweiten Vertrages nicht dieselben

---

[1]) cf. Dernburg cit. III § 94.

[2]) cf. auch Mühlenbruch cit. Bd. 38 S. 348 f.

[3]) cf. Stobbe cit S. 291. — Beseler: Erbverträge II, 1 S. 261 ff.

[4]) cf. Bluntschli cit. § 241.

[5]) Gerber cit. § 307. — Dahn cit. S. 300 f. — Maurenbrecher cit. § 565. — Eichhorn cit. § 345.

sind wie die ersten, nur insoweit gültig ist, als er die durch den ersten begründete Anwartschaft nicht beeinträchtigt[1]).

Hat der in einem Vermächtnisvertrage Bedachte das Vermächtnis nicht erhalten, weil der Erblasser durch eine letztwillige Verfügung anderweitig darüber bestimmt hat, so kann der Vermächtnisnehmer diese Verfügung anfechten[2]), vorausgesetzt daß er Kontrahent des Vertrages ist.

9. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, Akkreszenz, quarta Falcidia.

Durch die vorhergehende Ausführung wird man zu der Frage geführt, wie denn der Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest bei den gemeinschaftlichen Erbverträgen zu behandeln ist, und in welchem Verhältnis dann die beiden Rechtsgeschäfte bezüglich dieses Punktes stehen. Im römischen Recht galt dieser Satz allgemein[3]). Daraus folgt, daß, wenn der Erblasser nur über einen Teil seines Vermögens testirte, der Testamentserbe doch die ganze Erbschaft bekam. Es folgt ferner daraus, daß, wenn mehrere zu Erben eingesetzt waren und der eine die Erbschaft nicht erwarb, sein Anteil den anderen eingesetzten Erben zufiel. Eine Ausnahme war nur bei Soldaten gemacht[4]). Bei diesen trat demnach, wenn sie nur über einen Teil ihres Vermögens testirt hatten, bezüglich des Restes Intestaterbfolge ein. In dem obigen Satze liegt oft eine Unbilligkeit. Denn gerade bei letztwilligen Verfügungen ist hauptsächlich der Wille der Erblasser zu erforschen. Der Erblasser wird aber in den meisten Fällen, wo er den Erben nicht auf die ganze Erbschaft beruft, gewollt haben, daß der Teil, über welchen er nicht testirt hat, den Intestaterben zukommen soll. Deswegen möchte auch bezweifelt werden, ob jener Satz überhaupt, also auch bei Testamenten gemeinrechtliche Geltung erlangt hat. Es ist dies nicht anzu-

[1]) Auf einem ähnlichen Standpunkt steht auch das ALR. (cf. I, 12 §§ 627 ff.)

[2]) cf. Bluntschli cit. § 342.

[3]) cf. J. II, 14 § 5; D L, 17 l. 7.

[4]) cf. D XXIX, 1 l. 6.

nehmen[1]). Es werden also neben den Testamentserben auch die gesetzlichen Erben auftreten können.

Allgemein anerkannt ist, daß der oben angeführte Satz bei Erbverträgen keine Geltung hat[2, 3]). Deshalb stimmen gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag hierin nach der hier vertretenen Ansicht überein. Wenn demnach neben der testamentarischen und ferner neben der vertragsmäßigen Erbfolge die gesetzliche eintreten kann, so liegt kein Grund vor, nicht auch neben der testamentarischen die vertragsmäßige bestehen zu lassen, so daß also nebeneinander berufen sein können: Testaments-, Vertrags- und gesetzliche Erben[4]).

Windscheid[5]) und Koeppen[6]) haben jenen Satz auch als im gemeinen Recht bei dem Testament geltend angenommen. Nach dieser Ansicht ergibt sich zwischen den beiden Rechtsgeschäften der Unterschied, daß wohl gesetzliche Erbfolge neben der Vertragserbfolge, nicht aber neben der testamentarischen eintreten könne.

Im engsten Zusammenhange mit dem Satz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest steht auch die Frage nach der Akkreszenz[7]). Wie schon erwähnt ist, tritt, wenn man den Satz auch für Testamente gelten läßt, Akkreszenz immer ein, wenn durch Testament nur über einen Teil des Vermögens verfügt ist, oder wenn von mehreren durch Testament eingesetzten Erben der eine wegfällt. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies aber nicht der Fall, insbesondere treten bei dem gemeinschaftlichen Testament wie gemeinschaftlichen Erbvertrage die Miterben bei dem Wegfall des einen

---

[1]) cf. Dernburg cit. § 57.

[2]) Beseler: Erbverträge II; 1 S. 277 f. — Dernburg cit. § 57. — Gerber cit. § 305. — Bluntschli cit. § 241. — Mühlenbruch cit. Bd. 38 S. 79 ff., 339 ff. — Mittermaier cit. § 454. — Schiffner cit. § 14.

[3]) cf. aber auch ALR., 12 § 645.

[4]) Ebenso das österreichische Gesetzbuch §§ 533 f. Gegen die dreifache Berufung nebeneinander ist Beseler (Erbverträge II, 1 S. 280).

[5]) cit. § 537.

[6]) cit. § 5.

[7]) cf. Dahn cit. S. 297. — Beseler: Erbverträge II, 1 S. 281. Privatrecht § 138. — Bluntschli cit. § 241. — Mittermaier cit. § 454.

von ihnen an seine Stelle nur dann, wenn dies die Erblasser ausdrücklich ausgesprochen, also die Miterben einander substituirt haben, oder wenn sich dies mit Sicherheit aus ihren Verfügungen schließen läßt.

Während der durch gemeinschaftliches Testament berufene Erbe das Recht des Abzugs der quarta Falcidia geltend machen kann[1]), steht dem Vertragserben, der Kontrahent ist, dieses Recht nicht zu[2]), da er durch den Vertrag den Belastungen zugestimmt hat. Er mußte also sämtliche Vermächtnisse auszahlen, selbst wenn er nicht ein Viertel der Erbschaft für sich behalten könnte. Hart könnte die Verweigerung des Abzugsrechts erscheinen, wenn z. B. nach dem Abschluß des Vertrages das Vermögen derartig gemindert worden wäre, daß der Erbe nur einen kleinen Teil des Nachlasses behielte oder gar etwas zahlen müßte, ohne daß ihm ein Anfechtungsrecht gegenüber den Verfügungen des Erblassers zustände. Doch hat er in diesem Fall immer noch die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen. Was dagegen den Vertragserben betrifft, der nicht Kontrahent ist, so steht ihm ebenso wie dem Testamentserben die quarta Falcidia zu.

10. Noterbrecht.

Wenn in einem gemeinschaftlichen Testament das Recht der Noterben verletzt worden ist in der Weise, daß sie überhaupt nicht zu Erben eingesetzt worden sind, so steht ihnen ebenso wie bei dem einfachen Testament die querella inofficiosi testamenti[3]) zu. Nach der Novelle 115 hat die völlige Verletzung des Pflichtrechts zur Folge, daß die Erbeinsetzungen unwirksam werden, während die anderen letztwilligen Anordnungen z. B. Zuwendungen von Vermächtnissen bestehen bleiben, aber nur insoweit, als sie den Pflichtteil nicht mindern. Im übrigen tritt Intestaterbfolge ein. Hat aber der Noterbe nicht seinen vollen Pflichtteil erhalten, so wird ihm die actio ad

[1]) analog wie bei den einfachen Testamenten cf. D XXXV, 2.

[2]) cf. Beseler: Erbverträge II, 1 S. 277. Privatrecht § 138. — Gerber cit. § 306. — Dahn cit. S. 296.

[3]) cf. D V, 2.

legitimam supplendam sive suppletoria gegeben [1]). Er kann damit nur Ergänzung des Pflichtteils verlangen, das Testament bleibt sonst wirksam. Beide Klagen gehen gegen den Testamentserben.

Was nun den gemeinschaftlichen Erbvertrag angeht, besteht kein Zweifel darüber, daß das Noterbrecht auch bei ihm beobachtet werden muß [2]). Aber sehr bestritten ist, ob bezüglich des gemeinschaftlichen Erbvertrages bei einer Verletzung des Noterbrechts dieselben Rechtssätze zur Anwendung kommen müssen wie bei dem Testament, oder ob für den Erbvertrag Sondervorschriften aufzustellen sind. Ein großer Teil der Juristen schließen sich der letzteren Ansicht an. Erwähnt seien nur Bluntschli [3]) und Eichhorn [4]). Auch die Praxis [5]) vertritt diesen Standpunkt. Die hier Genannten meinen, wenn durch den Erbvertrag das Noterbrecht verletzt sei, so sei deswegen der Erbvertrag weder unwirksam noch anfechtbar, vielmehr könnten die Verletzten nur den Pflichtteil, wenn sie völlig übergangen sind, oder Ergänzung desselben verlangen, wenn sie nicht den vollen Pflichtteil erhalten haben. Denn wenn man auch anerkenne, daß das Noterbrecht bei dem Erbvertrage ebenfalls zur Anwendung komme, so seien deswegen noch nicht dieselben Rechtssätze anzuwenden wie beim Testament. Es genüge, daß die Noterben ihren Pflichtteil bekommen, und dies werde auch im Wege der oben genannten Mittel erreicht. Demgegenüber muß darauf hingewiesen werden, daß die Vorschriften über das Noterbrecht den Zweck haben, die Berechtigten gegen Verletzungen des Pflichtteils zu schützen. Wird das Recht verletzt, so ist es völlig gleichgültig, ob dies durch Testament oder Vertrag geschehen ist. Es ist in beiden Fällen durch einen willkürlichen Akt des Erblassers die Verletzung erfolgt. Da nun bezüglich der Verletzung dieser Vorschriften bei den Testamenten schon Bestimmungen vorhanden gewesen

---

[1]) C III, 28 l. 30, 31, 36 pr.

[2]) Beseler: Erbverträge cit. II, 1 S. 294 f. — Mühlenbruch cit., Bd. 38 S. 59.

[3]) cit. § 241.

[4]) cit. § 343.

[5]) RGE. Bd. 11 S. 216.

sind, so ist nicht einzusehen, warum diese Vorschriften nicht auch bei dem später entstandenen Erbvertrage angewendet werden sollen. Daher haben sich manche[1]) mit Recht dahin erklärt, daß die Verletzung des Noterbrechts bei den Erbverträgen mit denselben Mitteln und demselben Erfolg wie beim Testament geheilt werden müsse, so daß bei dieser Auffassung gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag übereinstimmen[1]). Erwähnt wird noch, daß nachgeborene Kinder, postumi, ebenso wie die Noterben behandelt werden[3]).

Dem Vertragserben stehen im übrigen dieselben erbrechtlichen Klagen zu wie dem Testamentserben[4]), und er kann wie dieser die Erbschaft mit dem beneficium inventarii antreten[5]).

II. Anfechtung, Ungültigkeit, Aufhebung.

In Bezug auf Willensmängel richtet sich der gemeinschaftliche Erbvertrag nach den Vertragsgrundsätzen[6]).

Daher kann auch jeder Erblasser als Kontrahent den Erbvertrag wegen Willensmängel anfechten, während bei dem gemeinschaftlichen Testament die Anfechtung nur denjenigen zusteht, die ohne die anfechtbare Verfügung die Erbschaft erhalten würden[7]). Jeder Erblasser kann bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage sowohl zu Lebzeiten des anderen Kontrahenten als auch nach dessen Tode das Anfechtungsrecht ausüben. Besonders der letztere Fall wird bei dem hier vorliegenden Erbvertrage in Betracht kommen, denn solange dem Erblasser das Rücktrittsrecht zusteht, wird er sich wohl des Anfechtungs-

---

[1]) Beseler: Erbverträge II, 1 S. 294 ff. — Mühlenbruch cit. Bd. 38 S. 59 ff. — Stobbe cit. S. 294. — Gerber cit. § 307. — Mittermaier cit. § 454.

[2]) Für dieselbe Ansicht hat sich das ALR. (I, 12 § 647) und das österreichische Gesetzbuch (§ 1254 S. 2) entschieden.

[3]) Beseler: Privatrecht § 139. — Buntschli cit. § 241. — Eichhorn cit. § 345. — Stobbe cit. S. 295.

[4]) Beseler cit. § 138.

[5]) cf. Dahn cit. S. 296. — Stobbe S. 293. — Beseler: Erbverträge II, 1 S. 275.

[6]) cf. Eichhorn cit. § 343.

[7]) cf. Dernburg III. § 79, 80 Anm. 5.

rechts nicht bedienen, sondern von dem ihm zustehenden Rücktrittsrecht Gebrauch machen.

Ein gemeinschaftliches Testament ist wie ein einfaches nichtig und zwar von Anfang an, wenn ihm ein wesentliches Formerfordernis fehlt[1]). Bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage dagegen kann von einem wesentlichen Formerfordernis, also auch von einer auf dem Mangel desselben beruhenden Nichtigkeit nicht die Rede sein.

Fehlte einem der Erblasser bei dem gemeinschaftlichen Testament die Testirfähigkeit oder einem der Kontrahenten eines der persönlichen Erfordernisse wie z. B. die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit oder die Testirfähigkeit zum Abschluß des Vertrages, so sind beide Rechtsgeschäfte nichtig[2]). Ferner wird ein gemeinschaftliches Testament ungültig, wenn der oder die Erblasser die Gewaltfreiheit, die sie bei der Errichtung besessen haben, nachträglich durch Adoption verlieren; es lebt aber wieder auf, wenn die Gewaltfreiheit zurückerlangt wird[3]). Bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage besteht eine derartige Bestimmung nicht. Ist dieser dagegen unter einer unsittlichen oder unmöglichen Bedingung abgeschlossen, so ist er, wie bereits erwähnt ist, im Gegensatz zu dem gemeinschaftlichen Testament nichtig.

Wenn ferner der oder die Erblasser das Testament d. h. die Testamentsurkunde vernichten in der Absicht, es zu widerrufen, oder die Namen der eingesetzten Erben durchstreichen oder das Siegel abreißen[4]), so wird das gemeinschaftliche Testament ebenso wie ein einfaches aufgehoben. Jeder Erblasser kann sein Testament auch ausdrücklich widerrufen. Eine besondere Form des Widerrufs für korrespektive Testamente gibt es im gemeinen Recht nicht, er erfolgt vielmehr in derselben Weise wie bei dem einfachen Testament[5]). Ob das Testament des Nichtwiderrufenden durch den Widerruf seitens des anderen

---

[1]) cf. Dernburg cit. III. S. 180.
[2]) cf. Dernburg III. § 93. — Windscheid cit. I. § 71.
[3]) cf. Dernburg cit. III. § 93.
[4]) cf. Dernburg cit. § 94.
[5]) cf. hierzu Dernburg III. § 94 No. 3, 4.

aufgehoben wird, oder ob es als einseitiges bestehen bleibt, hängt von der Korrespektivität ab. Jedenfalls aber wird durch einseitigen, gültigen Widerruf das gemeinschaftliche Testament als solches aufgehoben.

Wenn etwa über den gemeinschaftlichen Erbvertrag eine Urkunde aufgenommen ist, und der eine Erblasser vernichtet sie absichtlich, so wird dadurch nicht etwa der Vertrag aufgehoben. Denn dies kann nur durch Vertrag unter denselben Kontrahenten geschehen. Der gemeinschaftliche Erbvertrag wird nicht durch ein späteres einseitiges Testament aufgehoben. Ob durch ein gemeinschaftliches Testament derselben Erblasser ein früher von ihnen errichteter gemeinschaftlicher Erbvertrag aufgehoben wird, hängt von dem Umstande ab, ob dies die Erblasser gewollt haben und ob eine diesbezügliche Vereinbarung unter ihnen zustande gekommen ist. Würde dies nämlich der Fall sein, dann würde der Erbvertrag eben durch Vertrag aufgehoben werden. Der Aufhebungsvertrag kann natürlich in jeder Form geschlossen werden. Jeder Erblasser kann den Vertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts aufheben. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Kontrahenten. Bei dem gemeinschaftlichen Testament ist es nicht nötig, daß der eine Erblasser von dem Widerruf seitens des anderen Kenntnis erhält oder erhalten kann. Richtiger wäre es, wenigstens bei den korrespektiven Testamenten, wenn auch hier eine Mitteilung an den anderen Erblasser verlangt würde, damit dieser eventuell andere Verfügungen treffen könnte.

Beide Geschäfte können auch dadurch hinfällig werden, daß der Erbe vor dem Erblasser stirbt[1]), falls nicht die Erbeserben ausdrücklich substituirt sind, oder eine solche Substitution sich aus den Bestimmungen der Erblasser mit Sicherheit ergibt.

Was den in Eheverträgen enthaltenen gemeinschaftlichen Erbvertrag[2]) anbelangt, so ergeben sich für ihn bezüglich der Aufhebung einige Abweichungen von den sonstigen gemein-

[1]) cf. Gerber cit. § 307. — Dahn cit. S. 300. — Maurenbrecher cit. § 565. — Beseler: Privatrecht § 139.

[2]) Eichhorn cit. § 347. — Gerber cit. § 308. — Stobbe cit. S. 295 f. — Dahn S. 300.

schaftlichen Erbverträgen. Da der Ehevertrag in bezug auf den in ihm enthaltenen Erbvertrag als Hauptvertrag gilt, so hängt die Gültigkeit des Erbvertrages prinzipiell von der des Hauptvertrages ab. Daher wird ein solcher Erbvertrag außerdem aufgehoben durch Scheidung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe, sowie durch Trennung von Tisch und Bett. In manchen Gegenden gilt der Satz: Kinderzeugen bricht Ehestiftung[1]). Der Ehevertrag wird also durch die Geburt von ehelichen Kindern aufgehoben. Es müßte also prinzipiell auch der Erbvertrag ungültig werden. Doch ist hierbei die Ausnahme zu machen, daß dies nur dann der Fall ist, wenn die Gültigkeit des Erbvertrages ausdrücklich an die Bedingung der Kinderlosigkeit der Ehe geknüpft oder das Noterbrecht der Kinder nicht gewahrt ist. Liegt einer dieser beiden Fälle nicht vor, dann kommen die Kinder nur als Noterben in Betracht. Zu beachten ist dabei aber, daß bei dem ebengenannten Satz immer vorausgesetzt wird, daß die ehelichen Kinder nicht etwa vor den Eltern versterben.

II. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Allgemeiner Teil.

Sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch der gemeinschaftliche Erbvertrag haben in dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB.) Aufnahme gefunden, und es möchte schon hier hervorgehoben werden, daß das neue Recht, was das Wesen der beiden Rechtsgeschäfte anbelangt, dieselben im großen und ganzen so aufgenommen hat, wie sie im gemeinen Recht ausgebildet worden sind. Das BGB. hat aber eine Reihe von Kontroversen, wenn auch nicht alle, beseitigt, die im früheren Recht bestanden haben.

Was zunächst das gemeinschaftliche Testament betrifft, so ergibt sich aus §§ 2269 f. indirekt, daß auch das BGB. die

[1]) cf. Gerber cit. S. 308. — Maurenbrecher cit. — Beseler: Erbverträge II, 2 S. 141 ff.

drei Arten, simultane, reziproke und korrespektive kennt[1]), wenn es auch für das neue Recht nicht an Stimmen fehlt, welche die simultanen nicht zulassen wollen[2]). Doch ist dem gemeinschaftlichen Testament des BGB. ebensowenig wie dem des gemeinen Rechts ein gegenseitiges Zuwenden begrifflich wesentlich. Im Gegensatz zum gemeinen Recht hat aber das BGB. das gemeinschaftliche Testament nur unter Ehegatten zugelassen[3]), also den bisherigen Hauptanwendungsfall als den einzig möglichen aufgestellt. Die korrespektiven Testamente erwähnt das BGB. ausdrücklich im § 2270, wenn auch nicht mit derselben Bezeichnung. Danach sind als korrespektive Verfügungen der Erblasser diejenigen anzusehen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen Erblassers nicht ohne die entsprechende des anderen getroffen worden ist. Die Wirkung der Korrespektivität besteht wie schon im gemeinen Recht darin, daß die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der entsprechenden zur Folge hat. Daraus ergibt sich, daß auch nach BGB. der Grund für diese Wirkung in dem Zusammenhange des Motivs liegt[4]). Die Verfügungen des einen Erblassers sind mit Rücksicht auf die des anderen getroffen worden. Eine der wichtigsten Streitfragen des gemeinen Rechts, ob nämlich nach dem Tode des einen Erblassers bei den korrespektiven Testamenten der Überlebende durch die Annahme der Zuwendung des anderen an seine eigenen Verfügungen, soweit sie korrespektiv sind, gebunden ist oder nicht, ist dahin geregelt worden[5]), daß die Unwiderruflichkeit schon mit dem Tode des einen Ehegatten eintritt, so daß nunmehr die Unwiderruflichkeit auf positivem Rechts-

[1]) cf. Peiser: Handbuch des Testamentsrechts S. 331; Strohal: Das deutsche Erbrecht I, S. 319, 325; Windscheid cit. S. 312; Böhm: das Erbrecht des BGB. S. 211 f.; Fromhold: Das Erbrecht des BGB. § 2265; Plank cit. V. S. 490; Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts S. 357.

[2]) cf. Landsberg: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches § 285. — Eichhorn; Das Testament S. 152.

[3]) § 2265.

[4]) cf. Planck § 2270.

[5]) § 2271.

satze beruht. Ferner war es bisher kontrovers, welche rechtliche Stellung der Dritte in bezug auf den Überlebenden und Vorverstorbenen einnimmt, wenn die Erblasser sich zu Erben eingesetzt und bestimmt haben, daß nach dem Tode des Überlebenden der gesamte Nachlaß an einen Dritten fallen soll. Das BGB. hat sich in § 2269 Abs. 1 dahin ausgesprochen, daß in diesem Falle der Dritte als für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt anzusehen ist. Eine ähnliche Bestimmung enthält der Absatz 2 für die Vermächtnisse. In derselben Weise ist, um dies bereits hier zu erwähnen, diese Frage auch bei den Erbverträgen[1]) geregelt worden. Hervorzuheben ist noch, daß dem Testament im Sinne des BGB. eine Erbeinsetzung nicht mehr wesentlich ist, wie dies im gemeinen Recht der Fall war. Es kann also z. B. der einzige Inhalt eines Testaments jetzt auch die Ernennung eines Vormundes sein.

Das BGB. führt im § 1941 Abs. 1 aus, daß der Erblasser durch Vertrag einen Erben einsetzen, Vermächtnisse und Auflagen anordnen kann und nennt diese Verträge „Erbverträge“, so daß sich also die Einteilung in Erbeinsetzungs-, Vermächtnis- und Auflageverträge ergibt. Neu hinzugekommen ist demnach gegenüber dem gemeinen Recht der sogen. Auflagevertrag, eine Bezeichnung, die ebenso wie Einsetzungs- und Vermächtnisvertrag dem Gesetz selbst fremd ist. Es kann der einzige Inhalt eines Erbvertrages eine Erbeinsetzung oder die Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage sein. Degegen versteht das BGB. unter dem Namen Erbvertrag nicht wie das gemeine Recht den Erbverzicht. Vielmehr trifft es für diesen in einem eigenen Abschnitt, nämlich dem 7. des V. Buches besondere Bestimmungen. Bedacht werden kann nicht nur der Vertragsgegner, sondern auch ein Dritter[2]) und zwar auch der Dritte allein, so daß sich folgende Fälle ergeben können: es ist bedacht der Vertragsgegner allein oder mit einem Dritten zusammen oder nur ein Dritter. Was nun das

[1]) § 2280.
[2]) § 1941 Abs. 2.

Recht anbelangt, das der Vertragserbe oder Vermächtnisnehmer erwirbt, so steht das BGB. auf demselben Standpunkt, welchen die herrschende Ansicht im gemeinen Recht vertreten hat. Denn auch nach BGB. ist der Erbvertrag wie Testament und Gesetz ein Delationsgrund. Der Vertragserbe erwirbt auch nach neuem Recht durch den Erbvertrag nur eine rechtliche Anwartschaft auf die Beerbung[1]), also nicht ein sofort wirksames Recht. Gegenstand des Erbvertrages ist demnach die Beerbung, nicht das Vermögen des Erblassers. Der Vermächtnisvertrag bewirkt bei dem Bedachten ebenfalls nur eine Anwartschaft auf das Vermächtnis. Nach dem Tode des Erblassers wird der im Vertrage Bedachte Erbe oder Vermächtnisnehmer. Daraus folgt, daß auch nach BGB., falls der Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt, die Erben des ersteren ebensowenig ohne weiteres an seine Stelle treten wie bei dem Testamentserben. Gleichgültig ist dabei, ob der Vertragsgegner oder ein Dritter Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, denn der Dritte hat dieselbe Stellung wie der Mitkontrahent. Diese Erbverträge zu Gunsten Dritter[2]) sind ebenso zu behandeln wie die anderen Erbverträge, sie haben, wie Hellwig ausführt, mit den obligatorischen Verträgen auf Leistung an Dritte[3]) nur den Umstand gemeinsam, daß ein Dritter aus einem Rechtsgeschäft anderer Personen berechtigt wird; im übrigen aber unterscheiden sie sich in jeder Beziehung und nichts würde unrichtiger sein, als wenn man die für die eine Kategorie geltenden Grundsätze auf die anderen übertragen wollte.

Was den Auflagevertrag angeht, so nimmt der durch ihn Begünstigte nur dieselbe Stellung ein wie der testamentarisch Begünstigte[4]). Er erhält also auch nicht durch den Vertrag ein Recht auf die Leistung zugewendet. Er kann auch nach dem Tode des Erblassers nicht etwa die Vollziehung der Auf-

---

[1]) cf. Schiffner cit. §§ 14, 30. — Hellwig cit. S. 591 f. Dagegen Enneccerus-Lehmann (S. 607) nach dem der Erbvertrag eine dingliche Wirkung hat, ein Erbrecht erzeuge.

[2]) cf. Schiffner cit. § 18. — Hellwig cit. S. 622.

[3]) §§ 328 ff.

[4]) cf. auch Plank § 2278 Anm. 2c.

lage verlangen. Ebensowenig hat der andere Kontrahent das Recht, auf Grund des Erbvertrages auf Vollziehung zu klagen. Es steht vielmehr auch bei der vertragsmäßigen Auflage diese Klage wie beim Testament nur den in § 2194 bezeichneten Personen und gemäß den §§ 2203, 2208 Abs. 2, 2223 dem Testamentsvollstrecker zu.

Das BGB. steht, was die Natur des Erbvertrages betrifft, wie die herrschende Ansicht im gemeinen Recht völlig auf dem Standpunkt der Vertragstheorie [1]). Doch ist von Hellwig [2]), der im wesentlichen Anhänger Hartmanns ist, versucht worden, auch für das BGB. die Testamentstheorie zu verteidigen. Diese Ansicht läßt sich aber für das neue Recht ebensowenig halten wie für das gemeine Recht. Es sollen nur einige Punkte gegen diese Ansicht angeführt werden [3]). Stände das BGB. tatsächlich auf dem Standpunkt der Testamentstheorie, müßte man also unterscheiden zwischen der letztwilligen Verfügung und dem vertragsmäßigen Widerrufsverzicht, so müßte es möglich sein, in der Form des Erbvertrages ein Geschäft von Todes wegen zu errichten, das nur letztwillige einseitige Verfügungen, aber keine einzige vertragsmäßige enthielte, was aber, wie noch ausgeführt werden wird, deswegen nicht möglich ist, weil mindestens eine sogen. vertragsmäßige, bindende Verfügung in dem Erbvertrage enthalten sein muß. Ferner dürften nicht, wie es aber tatsächlich möglich ist, in einem Erbvertrage Personen, die kein Testament errichten können, letztwillige Verfügungen treffen. Der Testamentstheorie widerspricht auch, daß hier auch dem Erblasser die Anfechtung des Vertrages vor dem Erbfall zusteht [4]). Diese Gründe mögen genügen, um die Ansicht Hellwigs zu widerlegen. Falsch ist aber auch die Meinung Endemanns [5]), der den Erbvertrag nur als eine empfangsbedürftige Willenserklärung bezeichnet. Vielmehr ist der Erbvertrag auch nach BGB. ein wirklicher Vertrag und

[1]) cf. §§ 1941, 2278, 2279, 2291, 2298.
[2]) S. 598.
[3]) cf. hierzu Windscheid cit. S. 317. — Strohal cit. S. 200.
[4]) § 2281.
[5]) Einführung in das Studium des BGB. III. § 57 Anm. 18.

zwar ein erbrechtlicher, bei dem wie bei jedem andern Vertrage Antrag und Annahme vorliegen muß.

Die Grundform ist auch hier wieder der einseitige Vertrag, bei dem nur der eine Kontrahent als Erblasser fungirt, der andere dagegen die Verfügungen annimmt. Es können aber auch beide Kontrahenten als Erblasser auftreten, so daß dann ein zweiseitiger, ein gemeinschaftlicher Erbvertrag vorliegt[1]). Dieser gemeinschaftliche Erbvertrag, der genau genommen die Verbindung zweier einseitiger Verträge ist, wird vom Gesetz selbst als „Erbvertrag" bezeichnet[2]), so daß dieser Umstand auch für die folgende Darstellung ebenso wie für die frühere keine Bedeutung hat. Der gemeinschaftliche Erbvertrag kann ein gegenseitiger sein, doch ist ein gegenseitiges Bedenken nicht erforderlich. Wie im gemeinen Recht kann endlich nach neuem Recht von einem korrespektiven Erbvertrag gesprochen werden, wenn die Verfügungen der beiden Erblasser in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Gemäß § 2298 ist bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage beiderseitiger Rücktrittsvorbehalt zulässig. Trotzdessen tritt auch nach BGB. die Bindung bereits mit Abschluß des gemeinschaftlichen Erbvertrages ein, sie kann aber durch Ausübung des Rücktrittsrechts wieder aufgehoben werden. In diesem Sinne haben sich ebenfalls Plank[3]), Strohal[4]) Landsberg[4])[5]) und die Motive ausgesprochen[6])[7]). Gegen diese Auffassung haben sich mit Unrecht besonders Matthiass[8]), Schiffner[9]), Endemann[10]) und Hellwig[11]) gewendet.

---

[1]) §§ 2278 Abs. 1, 2298.
[2]) §§ 2278, 2280, 2298 cf. auch Schiffner § 9.
[3]) cit. S. 546 Anm. 1.
[4]) cit. S. 333 Anm. 12.
[5]) cit. § 386.
[6]) V S. 342 (Mugdan: die gesamten Materialien zum BGB. S. 181).
[7]) cf. auch Enneccerus-Lehmann S. 619. — Cosack cit. S. 649.
[8]) cit. II S. 435.
[9]) §§ 16, 48.
[10]) cit. III § 60 Anm. 29.
[11]) cit. S. 639.

2. Besonderer Teil.

a) Wesen.

Da sich aus dem allgemeinen Teil ergibt, daß die beiden Rechtsgeschäfte, was ihr Wesen und ihre Natur angeht, dieselben geblieben sind wie im gemeinen Recht, so wird bezüglich dieser Punkte auf die Erörterung im gemeinen Recht[1]) verwiesen.

b) Zulässigkeit, Errichtungsfähigkeit.

Dadurch, daß das BGB. das gemeinschaftliche Testament nur unter Eheleuten zuläßt, ist es dem ALR.[2]) und dem österreichischen Gesetzbuch[3]) gefolgt. Der I. Entwurf wollte es ganz beseitigen[4]) und zwar weil es wegen der vielen Unklarheiten viele Rechtsstreitigkeiten verursacht habe. Außerdem sollte der Erbvertrag künftig dasselbe völlig ersetzen. Da es jedoch trotz der vielen Schwierigkeiten, die es bot, eine große Anwendung gefunden hatte, so hat der § 1913 des I. Entwurfes eine lebhafte Kritik und großen Widerspruch erfahren. Auch der 20. deutsche Juristentag[5]) sprach sich für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments aus. Infolgedessen hat sich der II. Entwurf[6]) für die Beibehaltung entschieden, es jedoch nur unter Ehegatten zugelassen. Diese Bestimmung ist in das BGB[7]) übergegangen.

Für den Erbvertrag dagegen hat das neue Recht eine Beschränkung der Zulässigkeit nicht aufgestellt, sondern gestattet ihn wie das gemeine Recht allgemein. Nur hat es für Erbverträge unter Ehegatten und Verlobten einige besondere Bestimmungen gegeben, wovon bald die Rede sein wird.

Für die Beantwortung der Frage, wer fähig ist, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, kommen die allgemeinen Vorschriften über die Testirfähigkeit in Betracht[8]). Danach

[1]) cf. S. 37 f.
[2]) I, 12 § 614; II, 1 § 482.
[3]) § 1248.
[4]) § 1913; cf. auch Planck S. 490 Anm. 1.
[5]) der im Jahre 1889 tagte cf. Verhandlungen Bd. I S. 13 ff.
[6]) § 2132.
[7]) § 2265.
[8]) §§ 2229 ff.

kann derjenige, welcher in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, ohne die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters[1]) ein gemeinschaftliches Testament errichten, vorausgesetzt, daß er das 16. Lebensjahr vollendet hat[2]). Da nun nach § 2265 nur Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichten können, ein Mann aber nach § 1303 eine Ehe nicht vor dem Eintritt der Volljährigkeit, das ist dem 21. oder bei Volljährigkeitserklärung dem 18. Lebensjahr[3]), eingehen darf, so wird die Bestimmung des § 2229 Abs. 2 bezüglich der gemeinschaftlichen Testamente hauptsächlich für Frauen Anwendung finden, die unter gewissen Voraussetzungen bereits vor dem 16. Lebensjahr die Ehe schließen können[4]). Wenn aber jemand wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, so ist er zur Testamentserrichtung unfähig[5]). Die Unfähigkeit beginnt mit der Stellung des Antrages, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt. Wird aber dem Antrage nicht stattgegeben, so ist ein nach Antragstellung errichtetes gemeinschaftliches Testament gültig, auch wenn der zu entmündigende Erblasser vor der gerichtlichen Entscheidung über den Antrag stirbt[6]). Auf lichte Augenblicke nimmt das BGB. mit Recht keine Rücksicht.

Wer aber als Erblasser einen Erbvertrag schließen will, muß unbeschränkt geschäftsfähig[7]), also 21 oder bei Volljährigkeitserklärung 18 Jahre alt sein. Da in dem vorliegenden Fall beide Teile als Erblasser fungiren, so müssen sie beide unbeschränkt geschäftsfähig sein. Diese Bestimmung ist eine so strenge, daß ein Erblasser, der noch als Minderjähriger einen Erbvertrag schließt, denselben nicht etwa bestätigen kann, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig wird[8]). Der Erbvertrag

---

[1]) § 2229 Abs. 1.
[2]) § 2229 Abs. 2.
[3]) §§ 2 ff.
[4]) § 1303.
[5]) § 2229 Abs. 3.
[6]) cf. § 2230.
[7]) § 2275 Abs. 1.
[8]) cf. Planck § 2275 Anm. 1.

ist nichtig. Dagegen machen die Absätze 2 und 3 des § 2275 wichtige Ausnahmen, wenn der Erbvertrag zwischen Ehegatten und Verlobten geschlossen wird. Diese können nämlich einen gemeinschaftlichen Erbvertrag schon dann schließen, wenn sie noch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind. Es ist hierbei ganz gleichgültig, ob die Beschränkung ihren Grund in der Minderjährigkeit oder in der Entmündigung hat[1]). Es muß aber in diesem Fall der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung geben, und wenn derselbe ein Vormund ist, muß das Vormundschaftsgericht den Erbvertrag genehmigen. Auf die Zustimmung und Genehmigung kommen die §§ 108 f., 182 ff, 1828 zur Anwendung. Die Zustimmung und Genehmigung braucht daher nicht sofort zu erfolgen; bis zur Erteilung derselben befindet sich der gemeinschaftliche Erbvertrag in der Schwebe. Es kann demnach der Erblasser den Erbvertrag bestätigen, wenn die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit aufgehoben wird[2]). Von manchen[3]) ist dagegen mit Unrecht behauptet worden, daß die Zustimmung bereits bei Abschluß des Erbvertrages vorhanden sein müsse, da sonst der Vertrag nichtig sei. Auch die nachfolgende Genehmigung oder Bestätigung könne diesen Mangel nicht heilen. Es ist also möglich, daß jemand einen gemeinschaftlichen Erbvertrag schließen kann, der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, während ihm die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nicht möglich ist. Es ist ferner möglich, daß Ehegatten und Verlobte, da bei diesen eine Altersgrenze nach unten nicht festgesetzt ist, auch bereits vor dem 16. Lebensjahr einen gemeinschaftlichen Erbvertrag, wenn auch mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter schließen[4]). In der Praxis werden diese Fälle allerdings selten vorkommen, da bezüglich der Ehegatten

[1]) cf. Fischer-Henle BGB. § 2275. Anm. 3. — Windscheid cit. S. 318. — Frommhold cit. § 2275. — Planck § 2275.

[2]) Planck S. 518 Anm. b. — Böhm cit. S. 225. — Schiffner cit. § 12. — Strohal cit. S. 351 f.

[3]) z, B. Endemann III § 59. — Hellwig S. 601 Anm. 232. — Frommhold § 2275 [2].

[4]) Strohal S. 351. — Schiffner § 12. — Cosack S. 646.

bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage dieselben Bestimmungen über die Ehemündigkeit zur Anwendung gelangen wie bei dem gemeinschaftlichen Testament, und da Verlöbnisse zwischen Personen unter 16 Jahren in Deutschland eine Seltenheit sind.

Darin stimmen gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag überein, daß die beiden Erblasser nur persönlich die beiden Rechtsgeschäfte errichten können[1]). Da § 2274 für alle Erbverträge gegeben ist, so ist persönlicher Abschluß des gemeinschaftlichen Erbvertrages durch die beiden Kontrahenten auch dann erforderlich, wenn nach § 2276 Abs. 2 die Form des Ehevertrages genügt, wo an und für sich nur gleichzeitige Anwesenheit der Vertragschließenden verlangt wird[2]), also Stellvertretung möglich ist. Im übrigen wird bemerkt, daß auch für den Ehevertrag bei der allgemeinen Gütergemeinschaft[3]) und der Fahrnisgemeinschaft[4]) persönlicher Abschluß erforderlich ist.

c. Form.

Was die Form angeht, so weichen darin die beiden Rechtsgeschäfte auch nach dem BGB: noch von einander ab, wenn auch der Unterschied nicht mehr ein so großer ist wie nach früherem Recht.

Für das gemeinschaftliche Testament sind sowohl die ordentlichen wie die außerordentlichen Formen zugelassen, letztere natürlich, soweit dies mit dem § 2265 vereinbar ist, während der gemeinschaftliche Erbvertrag höchstens in dreifacher Form abgeschlossen werden kann.

Es kann das gemeinschaftliche Testament zunächst als öffentliches vor einem Richter oder Notar derart errichtet werden[5]), daß beide Erblasser ihren letzten Willen mündlich erklären oder eine offene oder geschlossene Urkunde, die von keinem Erblasser geschrieben zu sein braucht, überreichen und erklären, daß diese Schrift ihren letzten Willen enthalte. Die Vor-

[1]) §§ 2064, 2274.
[2]) § 1434.
[3]) § 1437.
[4]) § 1549.
[5]) 2231 No. 1.

schriften der §§ 2233 ff. sind entsprechend anzuwenden. Fraglich ist aber, ob die Ehegatten, wenn z. B. der eine nicht schreiben oder nicht sprechen kann, ihm also die eine oder die andere Art der öffentlichen Testamentserrichtung abgeschnitten ist, ein gemeinschaftliches Testament nur in der einen oder nur in der anderen Art errichten können, oder ob es auch möglich ist, daß der eine Ehegatte seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll gibt, der andere dagegen eine Schrift mit der Erklärung überreicht, daß dieselbe seinen letzten Willen enthalte. Es muß die letztere Art ebenfalls zugelassen werden. Denn das Gesetz verbietet die verschiedene Art nicht und sie widerspricht auch nicht dem gemeinschaftlichen Testament. Dadurch nämlich, daß über die beiden Erklärungen ein gemeinsames Protokoll aufgenommen wird, wird der gemeinschaftliche Errichtungsakt immer noch gewahrt. Es haben sich daher für diese Ansicht unter anderen entschieden: Schiffner[1]), Eichhorn[2]), Strohal[3]), während Endemann[4]), Planck[5]) und Frommhold[6]) gegen die Zulässigkeit der gemischten Form sind. Liegen die Voraussetzungen der §§ 2242 Abs. 2 2243 bis 2245 bei einem der Erblasser vor, so müssen die dort gegebenen Vorschriften genau befolgt werden. Dagegen ist die gemischte Form dann nicht zuzulassen, wenn dadurch der Zweck des Gesetzes vereitelt würde. Dies wäre z. B. der Fall, wenn einer der Ehegatten noch minderjährig ist. Dann kann dieser ein Testament nur durch mündliche Erklärung errichten[7]). Es müßten beide Erblasser in diesem Fall in der Art der mündlichen Erklärung ihr Testament errichten, da die genannte Vorschrift deswegen gegeben ist, weil angenommen wird, daß ein Minderjähriger den Wert und Inhalt einer Urkunde noch nicht voll zu würdigen vermag. Könnte er dies nun bezüglich seiner von ihm abgefaßten Urkunde nicht, so kann er es noch viel weniger hinsichtlich einer fremden[8]).

---

[1]) S. 116 f. [2]) S. 155. [3]) S. 320 f.
[4]) III § 59 Anm. 12. [5]) S. 491 Anm. 3. [6]) § 2276.
[7]) §§ 2238 Abs. 2, 2247.
[8]) cf. auch Strohal S. 320 f.

Ferner kann das gemeinschaftliche Testament als eigenhändiges[1]) errichtet werden. Für dieses kommt die Bestimmung des § 2267 zur Anwendung. Danach genügt es, wenn einer der Ehegatten den letzten Willen unter Angabe des Tages und Ortes eigenhändig schreibt und unterschreibt und der andere die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als das Seinige gelten solle. Diese Erklärung muß ebenfalls unter Angabe des Tages und Ortes eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden. § 2267 stellt also eine Erleichterung des holographischen Testaments dar. Falsch ist es aber unbedingt, aus diesem § schließen zu wollen, daß diese Form die einzige des gemeinschaftlichen eigenhändigen Testaments sei, wie es Henle[2]), Peiser[3]), Eichhorn[4 5]) und Haidlen[6]) tun. Diese meinen, daß ohne den § 2267 die Form des holographischen Testaments für das gemeinschaftliche überhaupt nicht angewendet werden könnte, es würden sonst zwei Testamente und nicht ein gemeinschaftliches vorliegen. Dieser Auffassung widerspricht aber vollständig der Wortlaut des Gesetzes. Im § 2267 heißt es ausdrücklich es „genügt" die Form. Daraus geht deutlich hervor, daß dies das Mindestmaß der Form ist und daß das gemeinschaftliche holographische Testament auch so errichtet werden kann, daß jeder der Ehegatten auf ein und dieselbe Urkunde unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig seinen letzten Willen niederschreibt und unterschreibt. Für die hier vertretene Ansicht sind Planck[7]), Cosack[8]), Windscheid[9]), Strohal[10]), Frommhold[11]). Fraglich kann sein, ob das gemeinschaftliche holographische Testament gültig ist, wo nur der eine Erblasser unter Angabe von Ort und Zeit die Verfügung in folgender Weise schreibt: „Wir bestimmen u. s. w. und unterschreibt und der andere nur seine Unterschrift gibt. Nach dem Gesetz dürfte das nicht genügen. Es muß vielmehr irgend

---

[1]) § 2231 No. 2.
[2]) in Fischer-Henle BGB. § 2267.
[3]) S. 332. [4]) S. 153. [5]) S. 213.
[6]) BGB. § 2267.
[7]) S. 494 Anm. 3. [8]) II § 360. [9]) III S. 313. [10]) S. 321 f.
[11]) § 2267.

ein Ausdruck der Genehmigung oder Zustimmung hinzugefügt sowie Ort- und Zeitangabe wiederholt werden, damit das Testament gültig ist.

Für das gemeinschaftliche Testament sind auch noch die außerordentlichen Formen gestattet, für welche die diesbezüglichen Vorschriften der einfachen Testamente anzuwenden sind[1]). Die Form eines Militärtestaments[2]) kann für das gemeinschaftliche Testament deswegen nicht in Betracht kommen, weil es nur für Ehegatten zulässig ist.

Während also für das gemeinschaftliche Testament fast alle Testamentsformen gestattet sind, kann der gemeinschaftliche Erbvertrag nur in zweifacher eventuell dreifacher Art geschlossen werden. Denn nach § 2276 Abs. 1 ist als gewöhnliche Form die des öffentlichen Testaments gefordert, also entweder durch mündliche Erklärung zu Protokoll oder durch Übergabe einer Schrift. Es müssen die oben bei dem gemeinschaftlichen Testament ausgeführten Vorschriften auch bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage beobachtet werden. Ist nun bei dem gemeinschaftlichen Testament die Errichtung in gemischter Form zugelassen, so gilt das Gleiche auch bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage[3]). Dagegen sind die Form des holographischen Testaments sowie die außerordentlichen Formen für den gemeinschaftlichen Erbvertrag ausgeschlossen. Wird dieser aber zwischen Ehegatten oder Verlobten geschlossen und mit einem Ehevertrage in derselben Urkunde verbunden, so genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form[4]), welche von der öffentlichen Testamentsform abweicht. Wie schon erwähnt ist zwar auch hier die persönliche gleichzeitige Anwesenheit der Kontrahenten vor dem Richter oder Notar erforderlich[5]). Nötig ist in der Regel aber nicht die Hinzuziehung eines Gerichtsschreibers oder zweier Zeugen oder eines

[1]) §§ 2249—51, 2266.

[2]) cf. Art. 44. EG. BGB. § 44 RMG.

[3]) cf. Strohal S. 354. — Schiffner § 28. Dagegen Planck und Fromhold § 2276.

[4]) § 2276 Abs. 2.

[5]) §§ 2274, 1432, 1434.

zweiten Notars. Muß dies aber z. B. auf Grund des § 169 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschehen, oder ist nach den §§ 178, 179 ein Dolmetscher hinzuzuziehen, so kommen die Vorschriften des §§ 170—181 des genannten Gesetzes zur Anwendung, wobei sich einige kleine Abweichungen von den §§ 2234 ff. des BGB. ergeben. Wird dagegen ein gemeinschaftlicher Erbvertrag mit irgend einem anderen Vertrage in derselben Urkunde verbunden, was an sich möglich ist[1]), so müssen stets die Vorschriften über die Errichtung eines Erbvertrages befolgt werden.

d) Verwahrung.

Haben zwei Ehegatten ein gemeinschaftliches holographisches Testament errichtet, so können sie dasselbe wie ein einfaches eigenhändiges Testament[2]) in amtliche Verwahrung geben. Haben sie aber ein gemeinschaftliches öffentliches Testament vor Richter oder Notar errichtet, so soll[3]) das Protokoll mit den Anlagen, insbesondere wenn eine Schrift übergeben worden ist, auch diese von dem Richter oder Notar in Gegenwart der übrigen Urkundspersonen und des Erblassers mit dem Amtssiegel verschlossen und in amtliche Verwahrung genommen werden. Die Befolgung dieser Bestimmung kann, da sie eine Ordnungsvorschrift ist, unter Umständen unterbleiben, ohne daß sich daran Rechtsnachteile knüpfen, die Befolgung oder Nichtbefolgung hängt aber keinesfalls von dem Willen der Parteien ab. Bei dem Erbvertrage kommen dieselben Bestimmmungen entsprechend zur Anwendung wie bei dem Testament, doch ergibt sich dabei gemäß § 2277 eine kleine Abweichung insofern, als die über den Erbvertrag aufgenommene Urkunde in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen ist, wenn nicht die Parteien das Gegenteil verlangen, d. h. die besondere amtliche Verwahrung hängt hier immer von dem Willen der Parteien ab. Wenn der Erbvertrag mit einem

---

[1]) cf. § 2277 S. 2.

[2]) § 2248.

[3]) § 2246 (Ordnungsvorschrift).

anderen Vertrage z. B. einem Ehevertrage in einer Urkunde verbunden ist, so ist im Zweifel immer als der Wille der Parteien anzunehmen, daß die Urkunde nicht amtlich verwahrt werden soll[1]).

Bei beiden Rechtsgeschäften ist im Falle amtlicher Verwahrung den Erblassern ein Hinterlegungsschein zu erteilen[2]). Das in Verwahrung genommene Testament oder die Erbvertragsurkunde können die Erblasser jederzeit zurückverlangen. Die Rückgabe aber hat an den Erblasser persönlich zu erfolgen[3]). Daher kann dies bei dem gemeinschaftlichen Testament nur an beide Erblasser gemeinschaftlich erfolgen[4]). Diese letztere Bestimmung muß mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift entsprechend auch bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage angewendet werden[5]). Die Zurücknahme kann allerdings bei dem gemeinschaftlichen Testament eine andere Wirkung haben wie bei dem Erbvertrage, wovon noch die Rede sein wird.

e) Inhalt.

Wie nach gemeinem Recht besteht auch nach BGB., was den Inhalt der beiden Rechtsgeschäfte betrifft, ein wichtiger Unterschied, wobei allerdings früheres und heutiges Recht nicht übereinstimmen.

Darin gleichen sich die beiden Rechtsgeschäfte, daß jede Verfügung, die durch Testament getroffen werden kann, auch jeder der Kontrahenten in einem gemeinschaftlichen Erbvertrage einseitig treffen kann[6]). Ferner ist eine Erbeinsetzung weder für das eine noch das andere ein wesentliches Erfordernis. Aber eigentlicher Inhalt des gemeinschaftlichen Erbvertrages, d. h. mit bindender Kraft versehen, können nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen sein. Nur diese sind vertragsmäßige Verfügungen im Sinne des Gesetzes[7]). Wie schon

[1]) § 2277 S. 2.
[2]) §§ 2277 Abs. 2; 2246 Abs. 2.
[3]) § 2256 Abs. 2.
[4]) § 2272.
[5]) cf. auch Planck S. 523 Anm. 5.
[6]) § 2299 Abs. 1.
[7]) § 2278.

früher erwähnt worden ist, muß bei einem einfachen Erbvertrage mindestens eine, bei einem gemeinschaftlichen von jedem Erblasser mindestens eine solche Verfügung im Vertrage enthalten sein, sonst liegt kein Erbvertrag vor. Denn ein Erbvertrag besteht gerade darin, daß der eine Kontrahent Erbeinsetzungen vornimmt oder Vermächtnisse oder Auflagen anordnet und der andere diese Verfügung annimmt[1]). Aus § 2278 darf man aber nicht schließen, daß Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen nur vertragsmäßig getroffen werden können. Vielmehr können die Erblasser diese Verfügungen auch als einseitige, mithin ohne bindende Kraft treffen[2]). Dagegen können andere als die genannten Verfügungen niemals als vertragsmäßige gelten, andere sind nie bindend, selbst wenn die Parteien sich in Bezug auf sie haben binden wollen. Ob eine solche Verfügung, die also trotz des Willens der Kontrahenten nicht bindend ist, als eine einseitige Verfügung bestehen bleibt, hängt von dem Willen der Parteien ab[3]). Die Beantwortung der Frage, welche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Erbvertrage als vertragsmäßige, welche als einseitige anzusehen sind[4]), muß immer nach den Umständen des einzelnen Falls erfolgen. Das BGB. gibt dafür keine Bestimmung. So zeigt sich denn, daß zwar in einem gemeinschaftlichen Erbvertrage dieselben Verfügungen getroffen werden können wie in einem gemeinschaftlichen Testament[5]), während aber in dem letzteren die einzelnen Verfügungen gleichberechtigt neben einander stehen, ist dies bei dem ersteren nicht der Fall. Denn hier stehen die vertragsmäßigen den einseitigen gegenüber, deren Zusammenhang mit dem Erbvertrage nur ein formaler ist; die vertragsmäßigen können Gegenstand der Bindung sein, die einseitigen dagegen nicht.

[1]) Daher meint Endemann (III. S. 246) mit Unrecht, daß auch nur einseitige, also nicht vertragsmäßige Verfügungen der einzige Inhalt eines Erbvertrages sein können.

[2]) cf. § 2299 Abs. 1.

[3]) cf. auch Planck V. S. 524 Anm. 3.

[4]) Es können Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen sowohl vertragsmäßige als auch einseitige Verfügungen sein.

[5]) abweichend vom gemeinen Recht.

f) Korrespektivität.

Im Zusammenhang mit dem Vorausgegangenen steht der Unterschied in der Korrespektivität. Was man unter korrespektiven Verfügungen zu verstehen hat, erklärt § 2270 Abs. 1. Danach sind diejenigen Verfügungen des einen Ehegatten korrespektiv, von denen anzunehmen ist, daß sie nicht ohne die Verfügungen des anderen getroffen sein würden, und zwar kommen nach Abs. 3 § 2270 hierbei andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen nicht in Betracht. Darin daß die Korrespektivität auf diese drei Arten von Verfügungen beschränkt ist, daß also nur diese in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse stehen können, bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage ebenfalls nur solche Verfügungen bindende sein können, besteht eine gewisse Übereinstimmung. Welche Verfügungen von diesen genannten im Zweifel als korrespektive anzusehen sind, bestimmt § 2270 Abs. 2. Er stellt also eine Vermutung[1]) der Korrespektivität auf, und zwar besteht die Vermutung, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, oder wenn der eine Ehegatte dem andern etwas zuwendet, und für den Fall des Überlebens des Bedachten, d. h. wenn der Zuwendende den Bedachten überlebt, eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten, d. h. dem Verstorbenen verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Die Bestimmung des Abs. 3 ist hier schon mit eingeschlossen, der Abs. 3 braucht also deswegen auf den Abs. 2 nicht noch einmal Bezug zu nehmen. Es kann sich natürlich ein anderer Wille der Parteien ergeben, denn es heißt, nur im Zweifel ist ein solches Verhältnis anzunehmen. Das Gesetz stellt also die Vermutung nur für zwei Fälle von bestimmtem Inhalt auf, in allen anderen Fällen ist ein etwaiges Abhängigkeitsverhältnis nachzuweisen, während in den beiden genannten Fällen eventuell nachgewiesen werden muß, daß die Ehegatten die Abhängigkeit ihrer Verfügungen nicht gewollt haben. Anders verhält es sich mit der Korrespektivität bei dem ge-

[1]) cf. auch Planck V. § 2270. — Böhm cit. S. 217 f.

meinschaftlichen Erbvertrage. Hier wird nämlich die Korrespektivität bei allen vertragsmäßigen Verfügungen vermutet[1]). Dies ergibt sich aus § 2298 Abs. 1 und 2 S. 1. Denn dort ist die Bestimmung getroffen, daß die Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages verursacht. Ebenso ist es der Fall, wenn eine der Parteien von dem vorbehaltenen Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Haben die Parteien aber diese Abhängigkeit der Verfügungen nicht gewollt, so muß dies nachgewiesen werden[2]). Haben sich dagegen die Parteien den Rücktritt nicht vorbehalten, und übt eine von ihnen das gesetzliche Rücktrittsrecht[3]) aus, so tritt die obengenannte Unwirksamkeit des Vertrages nicht ein, es sei denn, daß die Erblasser die Abhängigkeit und damit die Unwirksamkeit gewollt haben. Dieses hierbei gewollte Abhängigkeitsverhältnis muß aber besonders nachgewiesen werden von dem, der die Ungültigkeit des Erbvertrages behauptet, während bei Rücktrittsvorbehalt die Behauptung der Unwirksamkeit nur auf den Rücktrittsvorbehalt gestützt zu werden braucht. Es ist durchaus nicht notwendig, daß sich die Erblasser im Falle des § 2298 gegenseitig bedenken, wie Henle[4]) dies anzunehmen scheint, denn die Vermutung besteht auch dann, wenn die Erblasser lediglich Dritte bedenken.

Auf dieser Verschiedenartigkeit der Vermutung für die Korrespektivität beruht auch die verschiedene Wirkung, welche die Nichtigkeit einer solchen korrespektiven Verfügung verursacht. Daraus nämlich, daß bei dem gemeinschaftlichen Testament die Vermutung nur für bestimmte Fälle aufgestellt ist, folgt, daß die Hinfälligkeit einer korrespektiven Verfügung nur die Unwirksamkeit der entsprechenden hervorruft[5]). Da bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage im Zweifel alle vertragsmäßigen Verfügungen unter einander als korrespektive anzusehen

---

[1]) cf. Planck V. § 2298 Anm. 1.
[2]) cf. Abs. 3 § 2298.
[3]) § 2294 f.
[4]) cf. Fischer-Henle: Aufschrift zu § 2298.
[5]) § 2270 Abs. 1.

sind, so ist die notwendige Folge, wie schon erwähnt, daß durch die Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung im Zweifel der ganze Vertrag unwirksam wird [1]).

g) Erbrechtliche Wirkungen, Bedingungen.

Wenn man die rein erbrechtliche Wirkung der beiden Rechtsgeschäfte betrachtet, so muß man sagen, daß sie bei beiden die gleiche ist Denn der Testamentserbe wird ebenso zur Erbfolge berufen wie der Vertragserbe. Ähnlich liegt der Fall bei den anderweitig Bedachten. Deshalb bestimmt auch § 2279 Abs. 1, daß auf vertragsmäßige Zuwendungen, das sind Erbeinsetzungen und Vermächtnis und vertragsmäßige Auflagen, die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendungen finden. Es muß also ebenso wie bei dem Testament der Erbe bei dem Tode des Erblassers leben oder erzeugt sein. Die Erbeserben treten nur ein, wenn dies als der Wille der Erblasser festgestellt werden kann. Testament und Erbvertrag stehen sich ferner gleich bezüglich Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, der Ersatz- Vor- und Nacherbfolge, der Anwachsung, Erbunwürdigkeit, Erhöhung, Minderung der Erbteile und des Pflichtteilsrechts. Von den Willensmängeln wird noch die Rede sein. Die Bedingungen werden bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage ebenso behandelt wie bei dem Testament, so daß damit eine große Streitfrage des gemeinen Rechts erledigt ist. Abgesehen von den Sonderbestimmungen der §§ 2074 ff. kommen bei beiden Rechtsgeschäften die allgemeinen Vorschriften über die Bedingungen zur Anwendung, so daß sowohl auflösende wie aufschiebende Bedingungen und Befristungen beiden Rechtsgeschäften hinzugefügt werden können. Dagegen macht eine unerlautete oder unmögliche Bedingung das eine wie das andere Rechtsgeschäft nichtig.

h) Einfluß auf Verfügungen unter den Lebenden.

Von den rein erblichen Wirkungen aber abgesehen weichen gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag,

[1]) § 2298 Abs. 1.

was die sonstigen Wirkungen anbelangt, doch von einander ab. Zunächst wird der Einfluß der beiden Rechtsgeschäfte auf Verfügungen unter Lebenden seitens der Erblasser in Erwägung gezogen werden.

Haben zwei Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet, so ist es klar, daß beide unbeschränkt, d. h. ohne Rücksicht auf das Testament über ihr Vermögen unter Lebenden verfügen dürfen. Sie können durch solche Verfügungen dem Testamentserben alles entziehen, selbst in der Absicht, den Erben zu schädigen. Er hat kein Mittel, um dies abzuwenden. Wenn in dem Falle, daß die beiden Ehegatten sich gegenseitig bedacht und bestimmt haben, daß nach dem Tode des Überlebenden der ganze Nachlaß an einen Dritten fallen soll, der eine Ehegatte gestorben ist und der Überlebende die Zuwendung von dem Verstorbenen angenommen hat, so kommt es bezüglich der Verfügungsbefugnis über das gesamte Vermögen auf den Willen der Erblasser an. Dieser Wille kann dahin gehen, daß der Dritte Erbe des Überlebenden sein soll. Obwohl der Überlebende an seine Verfügung gebunden ist, soweit sie korrespektiv und nicht etwa durch den Tod des anderen Ehegatten hinfällig geworden ist[1]), steht dem Überlebenden, gerade weil nur er allein Erbe geworden ist, die freie Verfügungsbefugnis inter vivos zu. Er kann mit dem ganzen Vermögen schalten und walten wie er will. Haben die Erblasser aber gewollt, daß der Überlebende Vorerbe, der Dritte Nacherbe des verstorbenen Ehegatten sein soll, so ist der Überlebende bezüglich der Verfügung über das Vermögen des Verstorbenen durch die Vorschriften der §§ 2100 ff. zu Gunsten des Dritten beschränkt, bezüglich seines Vermögens hat er freie Verfügung. Der Dritte kann von den ihm in den §§ 2100 ff. zugestandenen Rechten eventuell auch schon zu Lebzeiten Gebrauch machen. Ergeben sich aber Zweifel darüber, was die Erblasser gewollt haben, und dies wird fast immer bei dem Mangel ausdrücklicher Bestimmungen der Fall sein, so ist gemäß § 2269 anzunehmen, daß der Dritte Erbe des Zuletztverstorbenen sein

[1]) Dies ist z. B. der Fall, soweit der Verstorbene der Bedachte ist.

soll. Er hat also in diesem Fall kein Mittel gegen dolose Verfügungen inter vivos des Überlebenden.

Bedeutend besser ist dagegen der Vertragserbe gegenüber gewissen Verfügungen inter vivos seitens der Erblasser gestellt. Nach § 2286 sind wie bei dem gemeinschaftlichen Testament die Erblasser in ihrer Verfügungsfreiheit unter Lebenden nicht beschränkt. Lehmann[1]) kommt bei seiner Auffassung von dem Erbvertrage als einem letztwilligen dinglichen Vertrage zu der Behauptung, daß der Erbvertrag dingliche Beschränkung der Verfügungsgewalt des Erblassers begründe. Diese Ansicht ist falsch und steht dem § 2286 direkt entgegen. Selbst wenn, wie noch ausgeführt werden wird, der Vertragserbe nach Anfall der Erbschaft gegenüber manchen Verfügungen des Erblassers gewisse Rechte hat, so liegt darin noch keine Beschränkung der Verfügungsfreiheit[2]), zumal dem Erben die Rechte erst nach dem Tode des Erblassers zustehen. Das heutige Recht ist aber, was das Rechtsmittel des Vertragserben anbelangt, nicht soweit gegangen wie das gemeine Recht. Denn § 2287 bestimmt, daß der Vertragserbe nach dem Anfall der Erbschaft, falls der Erblasser, um ihn zu schädigen, eine Schenkung vorgenommen hat, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern kann. Es muß also eine Schenkung vorliegen und der Erblasser muß die Beeinträchtigung beabsichtigt haben. Entgeltliche Verfügungen kommen also gar nicht in Betracht. Der Vertragserbe hat das Recht der Zurückforderung ohne Rücksicht darauf, ob er Mitkontrahent des Erblassers ist oder nicht. Nach § 2287 Abs. 2 verjährt der Anspruch in drei Jahren, seitdem die Erbschaft angefallen ist, also ohne Rücksicht darauf, wann und ob der Vertragserbe den Anfall erfährt. Ein Anspruch aus § 826[3]) wird sich wohl nur in den seltensten Fällen besgründen lassen.

---

[1]) Enneccerus-Lehmann II, S. 607 ff.

[2]) cf. Planck § 2286. — Landsberg § 286. — Schiffner § 31.

[3]) Fischer-Henle BGB. § 2287 Anm. 2.

Ist der Erbe in dem Erbvertrage neben anderen Erben eingesetzt, so steht jedem der Miterben bezüglich der Schenkung ein dem Erbteil entsprechender Teil des Rückforderungsanspruches oder dieser Anspruch allen nur gemeinsam zu, je nachdem die Leistung teilbar ist oder nicht[1]). Kommen neben dem Vertragserben noch testamentarische oder gesetzliche Erben in Betracht, so steht der Rückforderungsanspruch dem Vertragserben nur gegen den Beschenkten zu. Gegen die übrigen Erben hat der Vertragserbe wegen der Schenkung keinerlei Ansprüche, da alle drei Berufungen zur Erbfolge gleichberechtigt nebeneinander stehen[2, 3]).

Liegt aber noch keine vollendete Schenkung, sondern nur ein Schenkungsversprechen vor, das in der Absicht gegeben ist, den Vertragserben zu benachteiligen, so kann der Erbe analog dem § 821 BGB. die Erfüllung verweigern[4]),

Sowie der Vertragserbe im Gegensatz zum Testamentserben gegen dolose Schenkungen gesichert ist, so wird auch dem Vermächtnisnehmer auf Grund eines Erbvertrages ein größerer Schutz gewährt als dem testamentarischen Vermächtnisnehmer. Der erstere ist aber, was hier sofort hervorgehoben werden soll, nur dann besser gestellt, wenn ihm ein bestimmter Gegenstand vermacht ist. Denn nur diesen Fall sieht § 2288 vor. Liegt ein solcher Fall nicht vor, so steht er dem testamentarisch Bedachten gleich. § 2288 bestimmt, daß der Vermächtnisnehmer von dem Erben den Wert ersetzt verlangen kann, wenn der Erbe deswegen das Vermächtnis nicht bewirken kann, weil der Erblasser, um den Vermächtnisnehmer zu schädigen, den vermachten Gegenstand zerstört, beiseite geschafft oder beschädigt hat. Voraussetzung ist auch hier Anfall des Vermächtnisses. Ein solches Forderungsrecht steht dem testamen-

---

[1]) cf. §§ 420, 432, 741 ff.

[2]) cf. Planck V § 2287 Anm. 7. — Schiffner § 33 Anm. 24.

[3]) Dagegen geben Henle (Fischer-Henle § 2287[5]) und Strohal (S. 372) dem Vertragserben gegen den Beschenkten einen Anspruch nur insoweit, als er von dem Miterben nicht Ersatz verlangen kann.

[4]) cf. Böhm cit S. 229. — Enneccerus-Lehmann S. 618. — Planck V § 2287 Anm. 6.

tarischen Vermächtnisnehmer nicht zu. Dem ist die Bestimmung des § 2171 entgegen. Danach ist nämlich ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist, unwirksam. Unmöglich ist aber die Leistung, wenn der vermachte Gegenstand zerstört oder beiseite geschafft ist. Durch § 2164 wird freilich auch bei dem Testament bei Beschädigung des vermachten Gegenstandes ein Schadensersatzanspruch gegeben, aber nur wenn der Schaden von einem Dritten, also nicht von dem Erblasser verursacht worden ist, und der Anspruch bereits dem Erblasser zustand. Er geht demnach gegen den Dritten, nicht gegen den Erben. Der Anspruch aus § 2164 ist kein selbständiger wie der aus § 2288, sondern ein abgeleiteter. Im allgemeinen braucht der vermachte Gegenstand nur in dem Zustande übergeben zu werden, in dem er sich zur Zeit des Erbfalls befindet.

Was dagegen den Absatz 2 des § 2288 [1]) angeht, so stehen sich darin testamentarischer und vertragsmäßiger Vermächtnisnehmer nicht so schroff gegenüber wie bei dem Absatz 1, aber ein Unterschied besteht auch hier. Wenn nämlich der Vertragserblasser, um den Bedachten zu schädigen, den Gegenstand veräußert oder belastet hat, so muß der Erbe dem Bedachten den Gegenstand verschaffen oder die Belastung beseitigen. Der Anspruch ist also zunächst gegen den Erben gerichtet. Ist der Erbe dazu nicht imstande [2]), liegt also subjektive Unmöglichkeit, Unvermögen, vor [3]), so hat er den Wert zu entrichten. Könnte er die Beschaffung oder Beseitigung nur mit unverhältnismäßigen Kosten ausführen, so kann er sich durch Entrichtung des Wertes befreien. Der Vermächtnisnehmer hat also gegen den Erben ein Forderungsrecht. Dasselbe steht eventuell auch dem testamentarischen Vermächtnisnehmer zu; dies ergibt sich aus §§ 2169 f. in Verbindung mit § 2182. Dieser hat aber das Recht nur dann, wenn es dem Willen des Erblassers ent-

[1]) cf. auch Planck V § 2288.

[2]) § 2170 Abs. 2.

[3]) z. B. wenn der Erwerber den Gegenstand nicht herausgibt oder die Beseitigung der Belastung nicht gestattet.

spricht[1]), während bei dem Erbvertrage jenes Recht gegen den Willen des Erblassers gegeben ist. Das Recht des vertragsmäßigen Vermächtnisnehmers geht aber noch weiter. Wenn nämlich die Veräußerung oder Belastung schenkweise erfolgt ist, so hat der Vermächtnisnehmer, soweit er vom Erben Ersatz nicht erlangen kann, also nur subsidiär einen Anspruch gegen den Beschenkten nach Maßgabe des § 2287[2]), demnach auf Herausgabe des Geschenkes, Beseitigung der Belastung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Der § 2288 hat also eine große Bedeutung. Gleichgültig ist auch hier, ob der Vermächtnisnehmer Mitkontrahent ist oder nicht. Falsch ist es aber anzunehmen[3]), daß, wenn bei korrespektiven Testamenten auf Grund des § 2271 Abs. 2 der Überlebende, der Erbe des Verstorbenen geworden ist, von seinen zu Gunsten eines Dritten getroffenen Verfügungen nicht mehr abgehen kann, er dem Dritten gegenüber bezüglich der Verfügungen unter Lebenden dieselbe Stellung einnehme, wie ein durch Erbvertrag gebundener Erblasser dem Vertragserben oder Vermächtnisnehmer gegenüber, so daß die §§ 2287f. zur entsprechenden Anwendung zu bringen seien.

Diese Ansicht läßt sich aus dem Gesetz in keiner Weise rechtfertigen.

i) Einfluß auf Verfügungen von Todes wegen.

Wie ein Unterschied bei dem Einfluß auf Verfügungen unter Lebenden besteht, so ist ein solcher auch bezüglich der Verfügungen von Todes wegen zu verzeichnen. In Betracht kommen die dem gemeinschaftlichen Testament und Erbvertrag vorangegangenen wie nachfolgenden Verfügungen.

Hatten zwei Eheleute, die ein gemeinschaftliches Testament errichten, vor diesem bereits einseitige Testamente errichtet oder auch nur einer von ihnen, so wird das oder die früheren insoweit aufgehoben, als das gemeinschaftliche Testament mit

---

[1]) § 2169 Abs. 1.

[2]) § 2288 Abs. 2 S. 2.

[3]) cf. Strohal S. 345.

ihnen in Widerspruch steht[1]). Hatten die Erblasser vor dem gemeinschaftlichen Erbvertrage bereits einseitige Testamente errichtet, so werden diese durch den Erbvertrag aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden[2]), selbst wenn sie ihm nicht widersprechen. Die Ausdrucksweise ist an beiden Gesetzesstellen nicht dieselbe. Daraus ergibt sich auch der Unterschied, und zwar ist die Vorschrift des § 2289 die strengere[3]). Denn hatte z. B. der Erblasser jemanden zum Erben eingesetzt und ihm ein Vermächtnis auferlegt, und setzt ihn nun in dem gemeinschaftlichen Testament wieder zum Erben ein, legt ihm aber noch einige Vermächtnisse auf und zwar so, daß der Nachlaß dadurch nicht erschöpft wird, so bleibt das frühere Testament bestehen, denn es steht nicht in Widerspruch mit dem gemeinschaftlichen. Wenn dagegen der Fall ebenso bei Abschluß eines gemeinschaftlichen Erbvertrages liegt, dann wird die frühere Verfügung bezüglich der Vermächtnisse hinfällig, denn durch sie wird das Recht des durch Vertrag Bedachten beeinträchtigt. Die gleiche Wirkung tritt ein, wenn in dem früheren Testament ein Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Hatten beide Erblasser bereits ein gemeinschaftliches Testament errichtet, so wird es durch ein zweites derselben Erblasser ebenfalls nur insoweit aufgehoben, als das zweite mit dem ersten in Widerspruch steht. Bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage ist zu unterscheiden, ob dieselben Erblasser vorher ein gemeinschaftliches Testament errichtet haben oder ob nur einer von ihnen dies mit seinem Ehegatten getan hat, da den Erbvertrag nicht nur Ehegatten schließen können. Im ersten Falle wird das gemeinschaftliche Testament aufgehoben gemäß § 2289. Dem steht § 2271 Abs. 1. S. 2 nicht entgegen, denn dort ist eine gemeinschaftliche Aufhebung nicht verboten. Dagegen muß im zweiten Falle das gemeinschaftliche Testament, wenigstens soweit es korrespektiv ist, bestehen bleiben trotz

---

[1]) § 2258.
[2]) § 2289.
[3]) cf. auch Planck § 2258.

des § 2289, da nach § 2271 Abs. 1 die Aufhebung einer korrespektiven Verfügung einseitig nur durch formellen Widerruf erfolgen kann, nicht schon durch eine andere Verfügung von Todeswegen. Der gemeinschaftliche Erbvertrag ist also unwirksam, soweit er dem gemeinschaftlichen Testament widerspricht.

In Bezug auf einen vorangegangenen gemeinschaftlichen Erbvertrag üben beide Rechtsgeschäfte dieselbe Wirkung aus, d. h. er wird nur dann aufgehoben, wenn die Ehegatten oder die Erblasser des zweiten gemeinschaftlichen Erbvertrages auch die Kontrahenten des ersten Erbvertrages gewesen sind[1]).

Aus dieser Erörterung ergibt sich auch, wie sich gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag zu einem späteren solchen Rechtsgeschäft verhalten. Durch eine spätere einseitige letztwillige Verfügung wird weder das gemeinschaftliche Testament, soweit es korrespektiv ist, noch der gemeinschaftliche Erbvertrag bezüglich der vertragsmäßigen Verfügungen berührt[2]). Die spätere Verfügung ist nach Maßgabe der §§ 2271, 2289 unwirksam. Was das Verhältnis der nicht korrespektiven Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament, der einseitigen im gemeinschaftlichen Erbvertrage zu der neuen betrifft, so werden beide Arten von Verfügungen durch die neue letztwillige Verfügung insoweit aufgehoben, als die neue den früheren widerspricht[3]).

k) Anfechtung.

In der folgenden Erörterung wird auf die Anfechtung der beiden Rechtsgeschäfte aufmerksam gemacht werden, ein Punkt, der bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage, wenigstens was das Anfechtungsrecht des Erblassers angeht, praktisch wohl selten zur Geltung kommen wird, da beide Teile sich den Rücktritt vorbehalten haben. Denn die Erblasser werden sich

---

[1]) cf. §§ 2292. 2290.

[2]) Abgesehen von der Bestimmung des § 2289 Abs. 2.

[3]) cf. §§ 2258, 2299 Abs. 1 und 2 S. 1.

wohl immer des Rücktrittsrechts und nicht des ihnen eventuell auch zustehenden Anfechtungsrechts bedienen.

Nach den §§ 2078, 2079, 2281 Abs. 1, 2279 Abs. 1 können gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge wegen Irrtums [1]), Drohung und irrtümlicher Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten werden. Während aber bei dem gemeinschaftlichen Testament dieses Anfechtungsrecht nur denjenigen, welchen die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu Statten kommen würde, sowie dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten zusteht [2]), hat es bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage auch jeder Erblasser [3]). Ein weiterer Unterschied ergibt sich daraus, daß zur Anfechtung durch den Erblasser auf Grund des § 2079 der Pflichtteilsberechtigte nur zur Zeit der Anfechtung, nicht wie bei dem gemeinschaftlichen Testament auch zur Zeit des Erbfalls vorhanden zu sein braucht, so daß die Anfechtung auch dann wirksam bleibt, wenn der Pflichtteilsberechtigte noch vor dem Erbfalle wegfällt. Praktisch wirksam werden kann auch bei dem vorliegenden gemeinschaftlichen Erbvertrage die Bestimmung des § 2281 Abs. 2. Wenn nämlich einer der Kontrahenten gestorben ist, so kann der andere eine zu Gunsten eines Dritten getroffene Verfügung aus den oben genannten Gründen anfechten und zwar durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Da nach § 2298 Abs. 2 S. 2 das Rücktrittsrecht mit dem Tode des einen Kontrahenten erlischt, so kann der Überlebende eventuell auch noch nach der Annahme der Zuwendung die betreffende Verfügung anfechten. Das gleiche Recht steht dem Überlebenden bei dem gemeinschaftlichen Testament nicht zu. Doch wäre es gerechtfertigt, wenn es auch ihm gegeben würde.

Die §§ 2281 bis 2284 regeln nur das Anfechtungsrecht des Erblassers, während das der anderen Anfechtungsberechtigten unter die Vorschriften der §§ 2078 ff. fällt. Daraus ergibt sich auch eine Abweichung in der Anfechtungsform. Während

---

[1]) auch im Beweggrunde.

[2]) §§ 2079 f.

[3]) § 2281 Abs. 1.

nach § 2081 einfache Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder[1]) gegenüber denjenigen genügt, die durch die letztwillige Verfügung einen rechtlichen Vorteil erwerben[2]), ist nach den §§ 2282, 2281 für die Anfechtung durch den Erblasser gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung und zwar zu Lebzeiten des anderen Kontrahenten diesem gegenüber, nach dessen Tode dem Nachlaßgericht gegenüber erforderlich. Sie muß persönlich erfolgen[3]). Ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erblasser braucht nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters[4]). Der letztere kann auch, wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Anfechtungserklärung vornehmen[5]). Die Anfechtung durch den Erblasser kann nur binnen einem Jahre erfolgen. Diese Frist beginnt bei der Anfechtung wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in dem die Zwangslage aufhört[6]). Bezüglich der anderen Anfechtungsgründe beginnt auch für den Erblasser, wie es für die übrigen Anfechtungsberechtigten bei sämtlichen Anfechtungsgründen der Fall ist, die einjährige Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, in dem die Anfechtungsberechtigten Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde erhalten[7]). Dagegen besteht für den Erblasser eine Beschränkung der Anfechtung auf dreißig Jahre nicht, wie sie für die übrigen Anfechtungsberechtigten aufgestellt ist[8]). Der Erblasser kann aber trotz des Anfechtungsrechts den Erbvertrag bestätigen, was er persönlich tun muß[9]). Ein nicht voll Geschäftsfähiger kann die Bestätigung überhaupt nicht vornehmen[10]). Die Bestätigung bedarf keiner be-

---

[1]) falls nämlich eine andere als die in § 2081 genannte Verfügung angefochten wird.

[2]) cf. § 143 Abs. 1 u. 4.

[3]) § 2282 S. 1.

[4]) § 2282 S. 2.

[5]) § 2282 Abs. 2.

[6]) § 2283.

[7]) cf. §§ 2279 Abs. 1; 2082 Abs. 1.

[8]) § 2082 Abs. 2.

[9]) § 2284 S. 1.

[10]) § 2284 S. 2.

sonderen Form [1]), sie kann auch durch eine konkludente Handlung erfolgen.

Hinsichtlich des Anfechtungsrechts der in § 2080 bestimmten Personen ist für den Erbvertrag überhaupt die Sonderschrift gegeben, daß sie das Anfechtungsrecht nur noch ausüben können, wenn es für den Erblasser zur Zeit des Erbfalles noch bestanden hat [2]). Es darf also z. B. die einjährige Frist noch nicht abgelaufen sein. Hatte der Erblasser bei seinem Tode das Anfechtungsrecht noch, so beginnt für die nunmehr Anfechtungsberechtigten die Anfechtungsfrist von neuem zu laufen [3]).

l) Ungültigkeit, Aufhebung.

Im großen und ganzen ist der Einfluß von Willensmängeln bei dem gemeinschaftlichen Testament derselbe wie bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage. Es kommen, soweit das Gesetz nicht Sondervorschriften in den §§ 2078 ff. aufgestellt hat, die allgemeinen Bestimmungen der §§ 116—118 zur Anwendung. Dagegen sind die §§ 119—124 durch die §§ 2078—2083 und bezüglich der Erbverträge auch noch durch die §§ 2281—2285 ersetzt. Daraus ergibt sich, daß keines der beiden Rechtsgeschäfte wegen Mentalreservation [4]) ungültig ist. Nichtig wären dagegen beide, wenn die Verfügungen nur aus Scherz [5]) getroffen wären. Doch dürfte dies praktisch wohl nicht vorkommen. Nur der gemeinschaftliche Erbvertrag ist nichtig, wenn dem einen Erblasser der geheime Vorbehalt des anderen, das Erklärte nicht zu wollen, bekannt gewesen ist [6]). Wenn ferner beide Erblasser bei dem Erbvertrag übereinstimmend ihre Erklärungen nur zum Schein abgegeben haben, so ist der Vertrag ebenfalls nichtig [7]). Die beiden letzten Bestimmungen können bei dem gemeinschaftlichen Testament deswegen nicht

---

[1]) § 144.
[2]) 2285.
[3]) cf. Planck V S. 532 Anm. 2.
[4]) § 116 S. 1.
[5]) § 118.
[6]) § 116 S. 2.
[7]) § 117.

berücksichtigt werden, weil es sich hier um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt. Ferner muß bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage darauf gesehen werden, ob der Willensmangel sich auf die Verfügung selbst oder bloß auf die Vertragsmäßigkeit bezieht[1]). Auf den Einfluß von Irrtum und Drohung ist bereits aufmerksam gemacht worden.

Wenn bei dem gemeinschaftlichen Testament die Testatoren nicht testirfähig oder überhaupt keine Eheleute sind, ist dasselbe nichtig, desgleichen der gemeinschaftliche Erbvertrag, wenn eines der persönlichen Erfordernisse der Erblasser des § 2275 fehlt. Beide Rechtsgeschäfte sind ferner nichtig, wenn die Vorschriften über die Errichtung nicht befolgt sind.

Abweichend vom gemeinschaftlichen Erbvertrage wird das gemeinschaftliche Testament unwirksam, wenn es in einer der außerordentlichen Formen errichtet ist und die nach § 2252 bestimmte Zeit von drei Monaten abgelaufen ist, ohne daß einer der Ehegatten gestorben ist. Ist auch nur einer innerhalb der Frist gestorben, besonders im Fall des § 2249 auch derjenige, bei welchem die Todesgefahr nicht vorhanden gewesen ist, so bleibt das Testament gültig. Bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage kann ein derartiger Unwirksamkeitsgrund nicht in Betracht kommen, weil die außerordentlichen Formen für ihn ausgeschlossen sind.

Mehrere Unterschiede ergeben sich ferner aus dem Einfluß, den die Nichtigkeit oder Auflösung der Ehe der Testatoren bei dem Testament oder des oder der Erblasser bei dem Erbvertrage auf die beiden Rechtsgeschäfte ausübt. Da das gemeinschaftliche Testament nur zwischen Ehegatten errichtet werden kann, so kommt für dasselbe nur die Ehe zwischen den Testatoren in Betracht. Ein gemeinschaftliches Testament ist seinem ganzen Inhalte nach unwirksam, wenn die Ehe zwischen den Testatoren nichtig ist[2]), denn dann fehlt die Voraussetzung des § 2265. Wird die zunächst nichtige Ehe erst nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments gültig[3]), so ist das Testa-

[1]) Planck V. S. 526.

[2]) 2268, 2077.

[3]) cf. §§ 1324 Abs. 2; 1325 Abs. 2.

ment nur wirksam, wenn die Ehe von Anfang an als gültig anzusehen ist[1]). Waren die Erblasser dagegen bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nur verlobt und haben sie erst nachher die Ehe geschlossen, so ist das Testament natürlich nichtig. Ist die Ehe vor dem Tode des einen oder des anderen Testators aufgelöst worden oder konnte der verstorbene Ehegatte zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens klagen und hatte er die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben, so bleiben die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden[2]). Man muß also zwischen dem ersten Fall und den Fällen zwei und drei insofern unterscheiden, als bei Nichtigkeit der Ehe das Testament unwirksam ist ohne Rücksicht auf den Willen der Erblasser, bei den Fällen zwei und drei aber das Testament gültig bleiben kann, soweit dies nämlich dem Willen der Erblasser entspricht. In allen drei Fällen aber kommt es nicht darauf an, ob der eine Testator den anderen, ob sie sich beide gegenseitig oder ob sie lediglich Dritte bedenken[3]), denn in § 2268 wird nur auf die Fälle des § 2077 Bezug genommen, nicht aber bestimmt, daß die Vorschriften jenes § zur Anwendung zu bringen sind.

Anders ist es bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage. Hier kommen auch die Fälle in Betracht, wo die Erblasser nicht Ehegatten sind. Nach § 2279 Abs. 1 werden die Vorschriften des § 2077 entsprechend angewendet. Es ist demnach abweichend vom gemeinschaftlichen Testament nötig, daß der oder die Erblasser den Ehegatten bedenken, damit die Wirkungen des § 2077 bei dem Erbvertrage eintreten. Nur wenn die Erblasser Ehegatten oder Verlobte sind, gelten die Vorschriften des § 2077 auch dann, wenn ein Dritter der Bedachte ist[4]), wenn also der Ehegatte auch nicht bedacht ist, so daß demnach nur ein solcher gemeinschaftlicher Erbvertrag

[1]) cf. auch Landsberg § 285.
[2]) § 2268 Abs. 2.
[3]) cf. aber § 2077.
[4]) § 2279 Abs, 2.

darin mit dem gemeinschaftlichen Testament übereinstimmt. Dagegen braucht eine Unterscheidung zwischen dem Fall eins und den Fällen zwei und drei nicht gemacht zu werden. Daher ist auch bei Nichtigkeit der Ehe die betreffende Verfügung nicht unwirksam, wenn der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen wissen wollte. Dies ist auch ganz natürlich, da die Ehe für den gemeinschaftlichen Erbvertrag nicht die Bedeutung hat wie für das gemeinschaftliche Testament. Zu beachten aber ist noch, daß die Unwirksamkeit einer vertragsmäßigen Verfügung eventuell den ganzen Vertrag hinfällig macht [1]).

Daß die Nichtigkeit oder der Widerruf einer korrespektiven Verfügung im gemeinschaftlichen Testament die Unwirksamkeit der entsprechenden [2]), die Nichtigkeit einer vertragsmäßigen aber die Unwirksamkeit des ganzen gemeinschaftlichen Erbvertrages zur Folge hat, sofern nicht ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist, ist bereits berücksichtigt worden, ebenso daß beide Rechtsgeschäfte durch gemeinschaftliches Testament oder gemeinschaftlichen Erbvertrag aufgehoben werden können.

Erwähnt werden soll auch noch, daß der gemeinschaftliche Erbvertrag oder eine vertragsmäßige Verfügung durch Vertrag aufgehoben werden kann [3]). Die Erblasser werden, da sie sich den Rücktritt vorbehalten haben, wohl selten von dieser Befugnis Gebrauch machen, wenigstens dann nicht, wenn sie den ganzen Vertrag aufheben wollen. Sie werden es aber vielleicht tun, wenn sie nur eine vertragsmäßige Verfügung aufheben wollen, im übrigen aber der Vertrag bestehen bleiben soll. Dem steht § 2298 nicht entgegen, wonach der ganze Vertrag unwirksam wird, da die Wirkung dieses § nur eintritt, wenn kein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Für einen solchen Aufhebungsvertrag sind die Vorschriften des § 2290 zu beachten. Wollen die Parteien dagegen in dem Aufhebungsvertrage neue vertrags-

---

[1]) cf. § 2298.

[2]) § 2270 Abs. 1.

[3]) § 2290.

mäßige Verfügungen treffen, dann müssen die Vorschriften für die Errichtung von Erbverträgen[1]) befolgt werden. Denn es liegt hier ein neuer Erbvertrag vor, der mit einem Aufhebungsvertrage verbunden ist.

Durch Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechts wird nach § 2298 Abs. 2 im Zweifel der ganze Vertrag und nach § 2299 Abs. 3 werden auch die mit dem Erbvertrage eventuell verbundenen einseitigen Verfügungen aufgehoben. Bei dem gemeinschaftlichen Testament steht es jedem Ehegatten zu Lebzeiten des anderen frei, seine Verfügungen zu widerrufen; ebenso hat jeder Kontrahent bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage das Recht von dem Erbvertrage zurückzutreten. Soweit der Widerruf sich auf korrespektive Verfügungen bezieht, erfolgt er nach denselben Grundsätzen wie der Rücktritt[2]). Sie geschehen beide durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Erblasser. Diese Erklärung kann nur durch den Erblasser erfolgen, und falls dieser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf es nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters[3]). Der Widerruf einer nicht korrespektiven bei dem gemeinschaftlichen Testament sowie einer nicht vertragsmäßigen Verfügung bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage kann in der Form der §§ 2253 ff. vorgenommen werden[4]). Wie der Widerruf einer korrespektiven Verfügung mit dem Tode des einen Ehegatten erlischt[5]), so hört auch das vorbehaltene Rücktrittsrecht mit dem Tode des einen Kontrahenten für den anderen auf[6]), doch bleibt das Rücktrittsrecht auch nach dem Tode des einen Erblassers bestehen, wenn die Parteien dies gewollt haben[7]). Während dagegen bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage nach Ausschlagung der Zuwendung die Aufhebung der Verfügung des Überlebenden nur durch Testament erfolgen

---

[1]) §§ 2274 ff.
[2]) § 2271 Abs. 1 S. 1.
[3]) § 2296.
[4]) cf. § 2299.
[5]) § 2271 Abs. 2.
[6]) § 2298 Abs. 2 S. 2.
[7]) § 2298 Abs. 3.

kann [1]), besteht bei dem gemeinschaftlichen Testament eine derartige Beschränkung nicht, vielmehr kann hier die Aufhebung auch nach Maßgabe der §§ 2253 ff. erfolgen [2]). Hierbei ist zu beachten, daß es sich bei beiden Rechtsgeschäften nur um die Aufhebung von Verfügungen zu Gunsten Dritter handeln wird, da die Verfügungen zu Gunsten von Verstorbenen durch den Tod derselben erledigt sind.

Auf Grund des § 2295 kann jeder Erblasser von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn diese mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird. Dieses gesetzliche Rücktrittsrecht wird bei dem vorliegenden Erbvertrage auch erst praktisch werden, wenn das vertragsmäßige erloschen ist [3]). In diesem Fall kann der Überlebende die betreffende Verfügung durch Testament aufheben [4]).

Manchmal werden sich die Erblasser bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage auch des ihnen nach § 2291 zustehenden Rechts bedienen, wodurch ihnen verstattet ist, eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, durch Testament aufzuheben. Es ist aber die gerichtlich oder notariell beurkundete Zustimmungserklärung des anderen Kontrahenten erforderlich, weswegen dieses Recht nur zu Lebzeiten beider Erblasser von Bedeutung ist. Für das gemeinschaftliche Testament und zwar das korrespektive kann eine solche Bestimmung nicht in Betracht kommen; denn nach § 2271 Abs. 1 S. 2 ist gemeinschaftliches Handeln beider Testatoren nötig, was hier nicht vorliegt.

Bei beiden Rechtsgeschäften können die Erblasser auch nach der Annahme der Zuwendung des Verstorbenen, also wenn das Widerrufs- oder das vorbehaltene Rücktrittsrecht erloschen ist, eine Verfügung durch Testament aufheben, wenn sich der

[1]) § 2298 Abs. 2 S. 3 u. Abs. 3; ius cogens.
[2]) cf. auch Planck V S. 504 Anm. c.
[3]) cf. § 2298 Abs. 2 S. 2.
[4]) § 2297.

Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt[1]), oder falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre[2]). Ferner kann jeder Ehegatte bei dem gemeinschaftlichen Testament[3]) und jeder Erblasser bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage[4]) sowohl zu Lebzeiten des anderen als auch nach dessen Tode und Annahme der Zuwendung, falls er seinen Abkömmling bedacht hat und dieser in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder verschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet erscheint[5]), das Pflichtteilsrecht durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen. Diese Anordnungen müssen durch letztwillige Verfügungen erfolgen[6]) und bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nicht der Zustimmung des anderen Erblassers, falls dieser noch lebt[7]). Während aber bei dem gemeinschaftlichen Testament jeder Ehegatte nicht nur seinen Abkömmling, sondern auch einen des anderen Ehegatten in der genannten Weise beschränken kann, ist dies bei dem gemeinschaftlichen Erbvertrage den Kontrahenten nur bezüglich ihrer eigenen Abkömmlinge gestattet.

Das öffentliche gemeinschaftliche Testament gilt als widerrufen[8]) durch die Zurücknahme[9]) aus der amtlichen Verwahrung,

---

[1]) cf. §§ 2333 ff.
[2]) cf. §§ 2271 Abs. 2, 2294, 2297, 2336.
[3]) § 2271 Abs. 3.
[4]) § 2289 Abs. 2.
[5]) § 2338 Abs. 1.
[6]) § 2338 Abs. 2.
[7]) cf. auch Planck V. S. 540 Anm. S.
[8]) § 2256.
[9]) cf. auch § 2272.

nicht aber der gemeinschaftliche Erbvertrag[1]), da hier die amtliche Verwahrung dem Belieben der Parteien anheimgestellt ist[2]).

m) Eröffnung.

Nach dem Tode des Erblassers hat das Nachlaßgericht[3]) oder das Gericht, bei dem sich das Testament in amtlicher Verwahrung befindet[4]), das Testament zu eröffnen. Was nun das gemeinschaftliche Testament anbelangt, so sind bei der Eröffnung desselben die Verfügungen des Überlebenden, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen[5]). Von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten ist eine beglaubigte Abschrift anzufertigen. Das Testament ist darauf wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen. Falls sich aber die Verfügungen nicht sondern lassen, müssen auch die des Überlebenden verkündet werden. In diesem Falle kann von einem Wiederverschließen und einem Zurückbringen in die besondere amtliche Verwahrung nicht die Rede sein[6]). Denn das Testament des Überlebenden ist bereits verkündet und eine zweimalige Verkündung eines und desselben Testaments kann nicht stattfinden. Ebenso ist, falls der Überlebende nur Verfügungen zu Gunsten des Verstorbenen in seinem Testament getroffen hat, das Testament nicht wieder zu verschließen, sondern es ist wie im vorhergehenden Falle nur offen bei Gericht zu verwahren[7]). Denn das Testament des Überlebenden ist durch den Tod des anderen Ehegatten hinfällig geworden. Fraglich kann aber sein, ob auch ein gemeinschaftliches Testament, das sich vor der Eröffnung nicht in amtlicher Verwahrung befunden hat, z. B. ein holographisches dem Überlebenden zurückzugeben oder nunmehr in amtliche Verwahrung zu nehmen

---

[1]) cf. auch Planck V. S. 523 Anm. 5.
[2]) cf. § 2277.
[3]) § 2260 Abs. 1.
[4]) § 2261.
[5]) § 2273.
[6]) cf. auch Planck V. S. 515 No. 5.
[7]) cf. Planck V. S. 540 Anm. 3a.

ist. Im ersteren Sinne haben sich entschieden Cosack[1]), Peiser[2]), Fromhold[3]) Henle[4]), im letzteren dagegen Lehmann[5]), Strohal[6]) und Planck[7]). Klar ist jedenfalls, daß von einem Wiederverschließen im Sinne des § 2273 und einem Zurückbringen in die besondere amtliche Verwahrung nur bei einem Testament die Rede sein kann, das sich auch vorher schon in besonderer amtlicher Verwahrung befunden hat. Es wäre also nach § 2273 allein ein gemeinschaftliches holographisches Testament, das die Erblasser im Besitz gehabt haben, dem Überlebenden zurückzugeben. Dies wäre aber im höchsten Grade bedenklich. Eine besondere gesetzliche Bestimmung fehlt allerdings für diesen Fall. Doch kann man aus den §§ 2256 Abs. 2 in Verbindung mit § 2272 mit ziemlicher Sicherheit schließen, daß ein gemeinschaftliches privatschriftliches, nicht in amtlicher Verwahrung befindliches Testament nicht an den Überlebenden zurückgegeben werden kann. Denn kann nach § 2256 Abs. 2 die Rückgabe an den Erblasser nur persönlich erfolgen und nach § 2272 das Testament nur von beiden Ehegatten gemeinschaftiich zurückgenommen werden, so muß dies auch auf den Fall ausgedehnt werden, wo eine amtliche Verwahrung nicht vorlag, sondern das Testament dem Nachlaßgericht zum Zwecke der Eröffnung eingereicht worden ist. Denn der Überlebende ist allein nicht legitimiert zur Zurücknahme, da das Testament auch die Verfügungen des Verstorbenen enthält. Außerdem kann und darf ein eröffnetes Testament niemals einer Privatperson ausgehändigt werden. Die Zurückgabe würde also dem Gesetz entgegen sein, sie wäre aber auch noch aus einem anderen Grunde bedenklich. Denn man denke nur an den Fall, wo die beiden Erblasser korrespektive Verfügungen auch zu Gunsten dritter Personen getroffen haben.

---

[1]) cit. S. 641.
[2]) cit. S. 343.
[3]) cit. § 2273.
[4]) Fischer-Henle BGB. § 2273 Anm. 2.
[5]) Enneccerus-Lehmann § 203.
[6]) S. 413 f.
[7]) V. S. 511 c.

Dann wäre dem Überlebenden, der an und für sich nach der Annahme der Zuwendung des Verstorbenen an seine eigenen Verfügungen gebunden ist, durch die Zurückgabe des Testaments das einfachste Mittel an die Hand gegeben, sein Testament hinfällig zu machen, indem er die Urkunde vernichtet. Denn da nach § 2273 nur eine Abschrift der Verfügungen des Verstorbenen angefertigt wird, so ist sonst niemandem der Inhalt des Testaments des Überlebenden genau bekannt. Aus allen diesen Gründen ist zu fordern, daß ein solches Testament ebenfalls in amtliche Verwahrung zu nehmen ist, wenn man auch diese Forderung, wie ausgeführt ist, nicht auf § 2273 stützen kann.

Was den gemeinschaftlichen Erbvertrag angeht, so kommen bezüglich der Eröffnung die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments zur entsprechenden Anwendung[1]), doch mit einer kleinen Abweichung. Eine beglaubigte Abschrift der Verfügungen des Verstorbenen ist nur anzufertigen, wenn sich der Erbvertrag in besonderer amtlicher Verwahrung befindet, und unter der gleichen Voraussetzung ist der gemeinschaftliche Erbvertrag wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen.

D. Schluss.

Ein Vergleich des gemeinen Rechts mit dem des BGB. bezüglich der beiden Rechtsgeschäfte ergibt, daß eine Reihe von Unterschieden, die im gemeinen Recht zwischen ihnen bestanden haben, weggefallen sind. Es sind sich, das muß man zugestehen, gemeinschaftliches Testament und gemeinschaftlicher Erbvertrag bedeutend näher gekommen, ohne aber, wie erörtert worden ist, ihrem Wesen, ihrer Natur, ihren Wirkungen und ihrem Äußeren nach ein und dasselbe geworden zu sein. Dadurch, daß jetzt genaue gesetzliche Normen für beide Rechtsinstitute aufgestellt sind, ist das Bild derselben gegenüber

[1]) § 2300.

dem gemeinen Recht ein sicheres geworden, so daß auch jetzt nicht mehr so große Schwierigkeiten bezüglich der Behandlung beider Rechtsgeschäfte bestehen. Ganz besonders hat zur genauen Beantwortung der Frage, ob das eine oder das andere Geschäft im Zweifel vorliegt, der Umstand beigetragen, daß der gemeinschaftliche Erbvertrag nur in der Form des öffentlichen Testaments oder höchstens des Ehevertrages geschlossen werden kann. Denn dadurch, daß die Errichtung der gemeinschaftlichen Erbverträge nur vor einem Richter oder Notar möglich ist, können diese Personen, die ja geschulte Juristen sind, bei der Errichtung bedeutend klarer zum Ausdruck bringen, ob die Erblasser ein gemeinschaftliches Testament oder einen gemeinschaftlichen Erbvertrag haben errichten wollen, als dies möglich wäre, wenn diese Formvorschrift nicht bestände. Allerdings werden auch durch jene Bestimmungen die Schwierigkeiten nicht ganz beseitigt. Als einen besonders erfreulichen Fortschritt des BGB. ist es zu bezeichnen, daß die Form des holographischen Testaments für den Erbvertrag ausgeschlossen ist. Denn wie die Erfahrung lehrt, ist gerade das holographische Testament die Quelle zahlreicher Prozesse geworden. Bietet nun das holographische Testament an und für sich schon Schwierigkeiten, so würden diese um so größer sein, hätte man eine privatschriftliche Form auch für den Erbvertrag zugelassen. Denn da durch das holographische Testament den Erblassern die Möglichkeit gewährt wird, ohne jede amtliche Hilfe ihren letzten Willen zu erklären, so ist es ganz natürlich, daß die Erblasser, die doch meistens Laien sind, in sehr vielen Fällen ihren letzten Willen für andere nicht so klar und deutlich znm Ausdruck bringen werden, als dies zur Erkenntnis nötig ist. Hätte man nun für den gemeinschaftlichen Erbvertrag ebenfalls eine privatschriftliche Form gestattet, so würde zu der an und für sich schon schwierigen Beurteilung des holographischen Testaments noch die mitunter recht unangenehme Frage hinzutreten, ob die Erblasser ein gemeinschaftliches Testament oder einen gemeinschaftlichen Erbvertrag gewollt haben, eine Frage, deren Beantwortung, wie wir gesehen haben, für viele Punkte von Wichtigkeit ist.

Lebenslauf.

Am 26. April 1878 wurde ich zu Breslau geboren. Ich bin katholischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Bis zum Jahre 1891 besuchte ich die Volksschule zu Breslau, meinem Heimatsort. Ostern 1891 trat ich in die Sexta des Kgl. Matthiasgymnasiums zu Breslau ein, wo ich Ostern 1900 die Reifeprüfung bestand.

Darauf studirte ich sechs Semester hindurch an der Universität Breslau Rechts- und Staatswissenschaften und hörte die Vorlesungen der Herren Dozenten:

Beyerle, Bonhoeffer, Brie, Bruck, Dahn, Fischer, Freudenthal, Gretener, Jacobi, Jörs, Kleineidam, Klingmüller, Kückenthal, Leonhard, Naendrup, Schücking, Sombart, Stern, Wolf,

denen ich an dieser Stelle meinen ergebensten Dank ausspreche.

Am 11. Juli 1903 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 31. Juli 1903 das examen rigorosum. Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 11. August 1903 bei dem Amtsgericht Lähn. Vom 12. Mai 1904 bis 7. Juni 1905 war ich dem Landgericht Breslau überwiesen und bin seit dem 8. Juni 1905 bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts Breslau beschäftigt.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Vorbemerkung 3
B. Begriff und geschichtliche Entwickelung 4
I. Des gemeinschaftlichen Testaments 4
1. Allgemeines 4
2. Römisches Recht 4
3. Deutsches Recht 6
4. Gemeines Recht 9
a) Simultane Testamente 11
b) Reziproke Testamente 12
c) Korrespektive Testamente 13
II. Des Erbvertrages im allgemeines 25
1. Allgemeines 25
2. Römisches Recht 25
3. Deutsches Recht 26
4. Gemeines Recht 29
C. Vergleichende Darstellung des gemeinschaftlichen Testaments und des gemeinschaftlichen Erbvertrages mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt 35
I. Nach gemeinem Recht 35
1. Allgemeines 35
2. Wesen 37
3. Zulässigkeit und Errichtungsfähigkeit 38
4. Form, Verwahrung, Eröffnung 41
5. Inhalt 44
6. Befristung und Bedingung 45
7. Korrespektivität 47
8. Einfluß auf Verfügungen unter Lebenden und von Todeswegen 48
9. Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, Akkreszenz, quarta Falcidia 52

10. Noterbrecht 54
11. Anfechtung, Ungültigkeit, Aufhebung 56
II. Nach bürgerlichem Gesetzbuch 59
1. Allgemeiner Teil 59
2. Besonderer Teil 65
a) Wesen 65
b) Zulässigkeit. Errichtungsfähigkeit 65
c) Form 68
d) Verwahrung 72
e) Inhalt 73
f) Korrespektivität 75
g) Erbrechtliche Wirkungen, Bedingungen 77
h) Einfluß auf Verfügungen unter Lebenden 77
i) Einfluß auf Verfügungen von Todeswegen 82
k) Anfechtung 84
l) Ungültigkeit, Aufhebung 87
m) Eröffnung 94
D. Schluß 96

Literaturübersicht.

Albrecht: Die Gewere. Königsberg 1828.

Alffers: Das gemeinschaftliche Testament nach gemeinem und dem Recht des BGB. Dissert. Greifswald 1899.

André: im Magazin für hannoveranisches Recht Bd. IX. Hannover 1859.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen. Göttingen 1835—1840. System des gemeinen deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin 1873.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht. 3. Aufl. München 1864.

Böhm: Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. Hannover 1900.

Bolley: Beitrag zur Lehre von den korrespektiven Testamenten der Eheleute. Stuttgart 1846.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1882.

Brunner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 2. Aufl.

Buchka: in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft. Bd. XII. No. 6. Tübingen 1848.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. (Siebenhaar 2. Aufl. Leipzig 1865).

Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie. Wien 1811.

Code Napoléon: Paris 1807.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1900.

Corpus iuris civilis von Krüger und Mommsen.

Dahn: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1878.

Dernburg: Pandekten. 4. Aufl. Berlin 1894.

Eichhorn: Deutsches Privatrecht. 4. Aufl. Göttingen 1856.

Eichhorn: Das Testament. 4. Aufl. Berlin 1900.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB. 3—5. Aufl. Berlin 1899.

Engelmann: Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. Marburg 1898.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 5, 6, 8, 11, 27, 38, 41.
Fischer: im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 6 No. 2. Berlin 1892.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. München 1900.
Förster-Eccius: Theorie und Praxis des gemeinen preußischen Privatrechts. 4. Aufl. Berlin 1883.
Friese-Liesegang: Magdeburger Schöffensprüche. I. Bd. Berlin 1901.
Frommhold: Das Erbrecht des BGB. Berlin 1900.
v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. 17. Aufl. Jena 1895.
Gierke: Grundzüge des deutschen Privatrechts in Kohler-Holzendorfs Encyclopädie. I. Bd.
Glück: Erläuterungen der Pandekten. Bd. 34, 35, 38.
Göz: im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 54 Nr. 8.
Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch. Stuttgart, Berlin, Leipzig 1897.
Hartmann: zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860.
Hasse: im rheinischen Museum für Jurisprudenz. Bd. 2, 3.
Heimbach: in Weiske's Rechtslexikon. Bd. X.
Heinzerling: im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. X N. F. I. Heft.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Heusler: Inpitutionen des deutschen Privatrechts. II. Bd. Leipzig 1886.
Hübner: Die donationes post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs im älteren deutschen Recht. Breslau 1888.
v. Keller: Pandekten. 2. Aufl. Leipzig 1867.
Koeppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1895.
Landsberg: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1904.
Lenel: im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 79.
Loewenwald: Das gemeinschaftliche Testament im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1899.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.
Maurenbrecher: Lehrbuch des heutigen deutschen gemeinen Rechts. Bonn 1834.
Mittermaier: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 5. Aufl. Regensburg 1838.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. V. Berlin 1899.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts. Berlin 1902.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 1./2. Aufl. Berlin 1902.
Puchta: Pandekten. 11. Aufl. Leipzig 1872.
Pandektenvorlesungen. 6. Aufl. Leipzig 1873.
Rausnitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.

Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. Reichsgesetzblatt 1875 S. 23.
Rönne: Das allgemeine Landrecht (ALR.) 7. Aufl. Berlin 1888.
Scharnweber: Der letzte Wille und der Erbvertrag. Potsdam 1861.
Schiffner: in den Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß von Fischer. Bd. IV. Jena 1900.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1898.
Schultze: Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung. Breslau 1895.
Seufferts Archiv. Bd. 31, 45.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1869.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. 1./2. Aufl. Berlin 1885.
Strohal: Das deutsche Erbrecht I. 3. Aufl. Berlin 1903.
v. Thudichum: Geschichte des deutschen Privatrechts. Stuttgart 1894.
Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages. Bd. I. Berlin 1889.
v. Wächter: Pandekten. Leipzig 1881.
Windscheid: Pandekten. 8. Aufl. Frankfurt 1901.
Zimmermann im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. I. Heft III. Regensburg 1853.